

Caso Manta y Vilca

Informe sobre el auto de apertura de instrucción dictado en el proceso judicial por violencia sexual contra mujeres en conflicto armado, seguido actualmente ante la justicia peruana.

Juan Pablo Pérez-León Acevedo
Abogado de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos

Lima, julio de 2009

PROMSEX
Centro de Promoción y Defensa de los
Derechos Sexuales y Reproductivos





Índice

Introducción 05
1. Crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra 06
    1.1. Crímenes de lesa humanidad 06
    1.2. Crímenes de guerra 12
2. Tortura y violación sexual 14
    2.1. Contenido del auto 14
    2.2. Tortura 15
    2.3. Violación sexual *18*
    2.4. Violación sexual como tortura 21
3. Concursos ideales de delitos 26
    3.1. Crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra 26
    3.2. Violación sexual y tortura 26
4. Modalidades de responsabilidad 28
    4.1. Responsabilidad del superior por omisión 29
    4.2. Elementos de la responsabilidad del superior por omisión 30
5. La imprescriptibilidad de las acciones penales 34
    5.1. Tratamiento en las fuentes de Derecho penal internacional y Derecho penal comparado 34
    5.2. Tratamiento en la jurisprudencia nacional 36
6. Conclusiones 38

Introducción

El presente documento busca analizar cómo se ha efectuado la aplicación de las categorías de la disciplina del Derecho Penal Internacional (de ahora en adelante, DPI) en el auto de apertura de instrucción del Caso Manta y Vilca[1] (de ahora en adelante, auto). En tal sentido, se ha considerado principalmente el contenido de las normas del Estatuto de la Corte Penal Internacional (de ahora en adelante, ECPI), así como la jurisprudencia de tribunales penales internacionales.

El Cuarto Juzgado Supraprovincial de la Corte Suprema de la República abrió auto de apertura de instrucción en el proceso seguido contra diez acusados, quienes en su calidad de miembros del Ejército Peruano presuntamente fueron autores o cómplices de la comisión del delito contra las buenas costumbres, la libertad y el honor sexual o el delito contra la libertad, violación de la libertad sexual, recibiendo también la calificación de crímenes de lesa humanidad, al incurrir en actos de violencia sexual en las localidades de Manta y Vilca, durante el conflicto armado que se vivió en el Perú.

En efecto, como consecuencia del incremento en los ataques de la organización terrorista Sendero Luminoso en el Departamento de Huancavelica, se establecieron bases militares contrasubversivas en los distritos de Manta y Vilca en 1984. Sin embargo, partiendo de la falsa premisa de que los habitantes de esas comunidades eran integrantes o respaldaban el accionar de Sendero Luminoso, miembros de las Fuerzas Armadas cometieron serias violaciones de derechos humanos, bajo la forma de violaciones sexuales contra mujeres de una población civil inocente, hechos cuya perpetración se prolongó por varios años.

1. Cuarto Juzgado Penal Supraprovincial. Fecha del auto: 25 de marzo de 2009.

1. Crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra

1.1. Crímenes de lesa humanidad

En el auto se hace referencia a que las violaciones sexuales, debido al contexto en las cuales se cometieron, califican como crímenes de lesa humanidad. En tal sentido, se frasea la definición recogida en el artículo 7 del ECPI, de la siguiente manera:

> Los aspectos principales de la definición dan cuenta de una lista de conductas, que podrían enunciarse como enunciativas, entre las cuales se encuentran las violaciones sexuales y encuadran en dicho concepto en la medida en que: las mismas sean desplegadas como parte de una [sic] ataque generalizado o sistemático contra una población civil y cometidas de conformidad a la política de agentes del Estado.[2]

El ECPI y el texto de los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la CPI (de ahora en adelante ECECPI) desarrollan con detalle los elementos contextuales en los cuales uno de los actos enumerados -violación sexual incluida- debe satisfacer para poder calificar como crimen de lesa humanidad.

Los crímenes de lesa humanidad, expresión en la versión en español del ECPI, o crímenes contra la humanidad, fraseo en la versión en español de los textos de los Tribunales Militares Internacionales de Nuremberg, Tokio[3] así como de los más recientes de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia (de ahora en adelante TPIY) y Ruanda (de ahora en adelante TPIR)[4] además de los llamados tribunales penales mixtos;[5] han incluido de manera expresa que las respectivas conductas sean cometidas de manera generalizada o sistemática. Lo anterior se justifica en la necesidad de diferenciar a esas conductas no sólo de crímenes ordinarios sino también de otros crímenes internacionales, principalmente crímenes de guerra, pero también del genocidio. Es por ello que son considerados como elementos materiales fundamentales, sino el fundamental, para tal diferenciación jurídica. Esta afirmación no equivale a decir que son los únicos elementos materiales, ni que son los únicos elementos contextuales, en tanto el llamado *chapeu* o “sombrero” de los crímenes de lesa humanidad también incluye elementos subjetivos o mentales como veremos luego.

1.1.1. Elementos materiales u objetivos

Los elementos materiales contextuales de los crímenes de lesa humanidad se encuentran reunidos en el siguiente fraseo del ECPI:

> […] se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil […][6]

Lo anterior es repetido por el texto de los ECECPI en los siguientes términos:

> […] Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.[7]

2. Auto, página 22.
3. Artículos 6.c y 5.c. respectivamente.
4. Artículos 5 y 3 respectivamente.
5. UNTAET Regulación 2000/15 de los Paneles para Crímenes Serios de Timor Oriental, artículo 5; Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona, artículo 2; Ley de Camboya para el Establecimiento de las Cámaras Extraordinarias, artículo 5.
6. ECPI, artículo 7.1.
7. ECECPI, artículo 7 1) g)-1.
Se debe precisar que este fraseo se repite en cada una de las otras conductas que, si se satisfacen los llamados elementos objetivos y subjetivos generales, calificarán como crímenes de lesa humanidad.

De una comparación entre el texto citado extraído del auto y de los anteriores textos, podemos señalar que hay conformidad. No obstante, en otra sección del auto, en la parte relativa al grado de autoría y participación de los denunciados, se comete la imprecisión de señalar que:

> […] **Siendo este presunto acto** [es decir violación sexual] **un ataque generalizado y sistemático** contra la población civil de los distritos de Manta y Vilca y con el presunto conocimiento de las autoridades de dichos lugares [énfasis nuestro].[8]

Sobre el particular, el propio ECPI precisa que:

> Por "ataque contra una población civil" se **entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos cometidos** en el párrafo 1 contra una población civil […] [énfasis nuestro].[9]

Ello también se repite en el texto de los ECECPI:

> Por "ataque contra una población civil" en el contexto de esos elementos se entenderá **una línea de conducta que implique la comisión múltiple de los actos** a que se refiere el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto contra una población civil […] [énfasis nuestro].[10]

De lo anterior se desprende que es el ataque el cual debe tener los atributos de generalidad o sistematicidad y no las conductas en sí mismas como se sugiere en el auto. Tal afirmación se basa también en la jurisprudencia del TPIY.[11]

Es decir que no hay necesidad que una de las conductas incluidas en la lista de ofensas de los crímenes de lesa humanidad sea cometida de manera generalizada o sistemática sino que, en realidad, es el ataque como tal el cual debe poseer por lo menos una de esas características. Si bien en el caso concreto, ello no genera mayores consecuencias prácticas en tanto todas las imputaciones se refieren a la comisión de violaciones sexuales de manera generalizada o sistemática, lo cierto es que en –futuros- casos con diferentes características el resultado podría ser distinto. Por ejemplo, imaginemos que en el caso Manta y Vilca se hubiesen cometido casos aislados de violación sexual -inclusive un solo caso-, pero acompañados de otros casos aislados de actos de tortura -de nuevo inclusive un solo caso- y así sucesivamente, lo cierto es que sumados y en conjunto constituye o forman parte de ese ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Por lo tanto, la calificación jurídica de crímenes de lesa humanidad, en nuestro ejemplo hipotético, abarcaría inclusive a nuestro –hipotético- caso aislado de violación sexual.

En conclusión, es el ataque y no los actos -léanse violaciones sexuales o torturas- el que debe ser generalizado o sistemático.

Asimismo, lo que puede entenderse como "ataque" a una población civil tampoco ha sido desarrollado en el auto. De hecho, el propio ECPI no aporta mayores luces sobre el particular. Resultado distinto se obtiene al revisar: i) el texto de los ECECPI el cual establece que "no es necesario que los actos constituyan un ataque militar" y; ii) la jurisprudencia del TPIY, la cual ha sostenido reiteradamente que la palabra "ataque" no debe ser interpretada de manera restringida como sinónimo de ataque armado.[12] La jurisprudencia del TPIR ha sostenido que tal ataque puede estar constituido por ataques no violentos, como es el caso del apartheid.[13]

8. Auto, página 6.
Idéntico fraseo es utilizado en cada una de las imputaciones a los presuntos autores y cómplices. Confrontar auto, páginas 6-8.
9. ECPI, artículo 7.1.
10. ECECPI, artículo 7. Crímenes de lesa humanidad. Introducción.
11. Fiscal vs. Kordić y otros, caso nº. IT-95-14/2-A, sentencia de 17 de diciembre de 2004, párrafo 94; Fiscal vs. Blaškić, caso nº. IT-95-14-A, sentencia de 29 julio de 2004, párrafo 101 refiriéndose a Fiscal vs. Kunarac y otros, caso nº IT-96-23/1-A, sentencia de 12 de junio de 2002, párrafo 96.
12. Fiscal vs. Kunarac y otros, caso nº. IT-96-23/1-A, sentencia de 12 de junio 2002, párrafo 86; Fiscal vs. Vasiljević, case nº IT-98-32-T, sentencia de 29 de noviembre de 2002, párrafos 29-30; Fiscal vs. Limaj, caso nº IT-03-66-T, sentencia de 30 de noviembre 2005, párrafo 182.
13. Fiscal vs. Rutaganda, caso nº ICTR-96-3-T, sentencia y condena de 6 de diciembre de 1999, párrafo 70; Fiscal vs. Musema, ICTR-96-13-T, sentencia y condena de 27 de enero de 2000, párrafo 205; Fiscal vs. Semanza, ICTR-97-20-T, sentencia y condena de 15 de mayo de 2003, párrafo 327.

En el caso concreto, podemos considerar que la mayoría de las violaciones sexuales ocurrieron en medio de desarrollo de las hostilidades,[14] es decir en el contexto de un ataque –armado- a una población civil. En el auto se señala que los presuntos autores y cómplices, pertenecientes al batallón 48 con sede en la provincia de Pampas Tayacaja (Región de Huancavelica) debían dar mayor seguridad a los pobladores de las localidades de Manta y Vilca. Estos destacamentos tenían como función principal el control de la seguridad y el orden interno en las localidades dentro de la jurisdicción de las bases militares, según lo establecido por la Ley No. 24150 de 6 de junio de 1985.[15] Sin embargo, como el propio auto apunta, frente al accionar subversivo los miembros de las fuerzas armadas se habrían involucrado en una serie de violaciones de derechos humanos, bajo la hipótesis de que los campesinos habitantes de la zona en cuestión o eran miembros o colaboraban con Sendero Luminoso.[16]

Sobre las definiciones de generalizado y sistemático, en el auto se sostiene que ambas características se encuentran presentes en el contexto de ataque armado. Sobre el particular, en el auto se desarrolla, con cierto detenimiento, lo que puede entenderse por cada uno de los términos en cuestión sobre la base de jurisprudencia internacional. Así, en torno al concepto de sistematicidad se establece que:

> […] el Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia –TPIY- en el caso "Prosecutor vs Tadiz [sic]", abordó el concepto de sistematización relacionándolo con la existencia de un plan preconcebido y metódico excluyendo así de esta conceptualización hechos aislados o aleatorios.
>
> […] Por su parte el Tribunal Internacional para Ruanda también tuvo oportunidad de definir estos conceptos, señalando que sistemático podría ser definido como completamente organizado y consecuente con un patrón regular sobre la base de una política común que involucra recursos públicos o privados sustanciales – The Prosecutor vs. Jean Paul Akayesu – […].[17]

Las definiciones recogidas en el auto -pese a que se omiten las referencias concretas a la sentencia, fecha y párrafos- son, en efecto, conformes con la jurisprudencia del TPIY[18] y TPIR.[19] La propia CPI en una decisión reciente sobre confirmación de cargos en el caso Fiscal vs. Katanga y Ngudjolo Chui ha entendido como sistemático lo siguiente:

> 394. […] el adjetivo "sistemático" refiere a la naturaleza organizada de los actos de violencia y la improbabilidad de su ocurrencia esporádica. […]
>
> 397. El término "sistemático" ha sido entendido como ya sea un plan organizado en procura de una política común, la cual sigue un patrón regular y resulta en una comisión de actos o como "patrones de crímenes" tales como que los crímenes constituyen una "repetición no accidental de conducta criminal común no en una base regular".[20]

Si aplicamos los conceptos anteriores a los hechos del presente caso, tenemos que se habría dado una práctica sistemática de violaciones sexuales -además de otras conductas delictivas- en contra de varias mujeres del distrito de Manta y Vilca, por parte de agentes estatales del batallón 48, en la lógica de revancha, escarmiento e intimidación al considerarse que los habitantes de las comunidades afectadas eran

14. En el auto se hace referencia en que la fecha de llegada de los militares fue 1984 y el año en que se retiraron fue 1988. Auto, página 12. Sin embargo, como el auto también detalla existieron violaciones luego de ese período.
15. Auto, páginas 4 y 5.
16. Auto, página 2.
17. Auto, página 22.
18. Fiscal vs. Kunarac y otros, caso nº IT-96-23/1-A, sentencia de 12 de junio 2002, párrafo 94; Fiscal vs. Naletilić y otros, caso nº IT-98-34-T, sentencia de 31 de marzo de 2003, párrafo 236;
19. Fiscal vs. Akayesu, caso nº ICTR-96-4-T, sentencia de 2 de septiembre de 1998, párrafos 578-579; Fiscal vs. Rutaganda, caso nº ICTR-96-3-T, sentencia y condena de 6 de diciembre de 1999, párrafo 67.
20. Fiscal vs. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui, caso No. ICC-01/04-01/07, Confirmación de cargos de 30 de septiembre de 2008, párrafos 394 y 397.

o colaboradores o incluso integrantes de la organización terrorista Sendero Luminoso.[21] Por lo tanto, el ataque califica como sistemático.

En torno, al carácter generalizado, el auto considera que:

> […] hace referencia a la dirección del accionar a gran escala, es decir a una multiplicidad de víctimas.[22]

Lo anterior, pese a que no se indica la fuente de la afirmación, es conforme con la jurisprudencia del TPIY[23] y del TPIR.[24] La CPI en el caso Fiscal vs. Katanga y Ngudjolo Chui, en decisión antes aludida, ha definido tal concepto como:

> […] el adjetivo "generalizado" connota la naturaleza a gran escala del ataque y el número de las personas atacadas,
>
> […] el término "generalizado" ha también sido explicado como que comprende un ataque llevado a cabo sobre un área geográfica extensa o un ataque en un área geográfica pequeña, pero dirigido contra un número extenso de civiles.
>
> […] Por lo tanto, en el contexto de un ataque generalizado, el requisito de una política organizacional siguiendo el artículo 7 (2) (a) del Estatuto asegura que el ataque, incluso si es llevado a cabo sobre un área geográfica extensa o dirigido contra un número elevado de víctimas, tiene que ser organizado meticulosamente y seguir un patrón regular. Tiene que también ser conducido en cumplimiento de una política común involucrando recursos públicos o privados. Tal política puede ser hecha ya sea por grupos de personas quienes gobiernan un territorio específico o por alguna organización con la capacidad de cometer un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. […]
>
> De hecho, un ataque el cual es planeado, dirigido u organizado –como opuesto a actos espontáneos o asilados de violencia- cumplirá este requisito.[25]

De la aplicación de la definición anterior a los hechos del caso en concreto, se puede llegar a las siguientes precisiones. Primero, entre 1984 y 1988, se señala que se llevaron a cabo un promedio de dos violaciones sexuales al mes, teniendo la mayoría de las víctimas entre 14 y 15 años de edad.[26] Ello totaliza, en cuatro años, 192 víctimas a las cuales deben sumarse las víctimas reportadas entre 1989 y 1995. Los distritos de Manta y Vilca constituyen un área geográfica que podemos considerar, en principio, como "pequeña" o "circunscrita" siendo que, de acuerdo a lo transcrito, en casos de áreas geográficas reducidas el número de víctimas debe ser elevado. Se debe precisar que ni con respecto al número de víctimas ni en lo relativo a la extensión geográfica de la zona bajo ataque -para su calificación como "pequeña" o "extensa"- existe un umbral numérico/cuantitativo mínimo. Ello sería arbitrario y además inapropiado en un análisis caso a caso.

21. Auto, página 2.
22. Auto, página 22.
23. Fiscal vs. Akayesu, caso nº ICTR-96-4-T, sentencia de 2 de septiembre de 1998, párrafo 580. También: Fiscal vs. Rutaganda, caso nº ICTR-96-3-T, sentencia y condena de 6 de diciembre de 1999, párrafo 69; Fiscal vs. Musema, caso nº ICTR-96-13-T, sentencia y condena de 27 de enero de 2000, párrafo 204; Ntakirutimana y otros, caso nº ICTR-96-10 & ICTR-96-17-T, sentencia de 21 de febrero de 2003, párrafo 804.
24. Fiscal vs. Kordić y otros, caso nº IT-95-14/2-T, sentencia de 26 de febrero de 2001, párrafo 179; Fiscal vs. Kordić y otros, caso nº. IT-95-14/2-A, sentencia de 17 de diciembre de 2004, párrafo 94.
25. Fiscal vs. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui, caso nº ICC-01/04-01/07, confirmación de cargos de 30 de septiembre de 2008, párrafos 394, 395 y 396. El TPIY, como adelantáramos, en reiterada jurisprudencia ha entendido que el término generalizado "connota la naturaleza a gran escala del ataque y la cantidad de víctimas". Véanse: Fiscal vs. Kunarac, caso nº IT-96-23 & IT-96-23/1, sentencia de 22 de febrero de 2001, párrafo 428. Ver también: Fiscal vs. Tadic, caso nº IT-94-1-T, sentencia de 7 de mayo de 1997, párrafo 648; Fiscal vs. Blaskic, caso nº IT-95-14-T, sentencia de 3 de marzo de 2000, párrafo 202; Fiscal vs. Krnojelac y otros, caso nº IT-97-25-T, sentencia de 15 de marzo de 2002, párrafo 57.
26. Auto, página 12.

Ahora bien, en experiencias comparadas podemos señalar que tanto en Yugoslavia, Ruanda, República Democrática del Congo, Darfur (Sudán) y República Centroafricana en distritos, prefecturas o incluso centros de detención el número de víctimas ascendió a varios cientos, miles o incluso decenas de miles de víctimas en sólo semanas o meses. Por lo tanto, si seguimos este extremo de la acepción de "generalizado" la cual pondera la cantidad de víctimas, en un determinado espacio geográfico, parecería que el ataque consistente en violaciones sexuales en Manta y Vilca no encajaría totalmente -comparado con otras experiencias- en el extremo de "generalizado", a diferencia de lo que se establece en el auto.

No obstante, debemos recordar que las actividades –y por ende jurisprudencia del TPIY y del TPIR- han surgido en contextos en los cuales las violaciones serias de derechos humanos y del derecho internacional humanitario ocurrieron en proporciones tan extensas que la comunidad internacional en su conjunto, a través de sendas resoluciones del Consejo de Seguridad, estableció tales tribunales por considerar los incidentes como una seria amenaza a la paz y seguridad internacionales. Asimismo, los casos actualmente en proceso ante la CPI han pasado el filtro de admisibilidad que incluye una gravedad suficiente,[27] entendida en similares dimensiones.

En buena cuenta, el hecho que en los casos de los tribunales penales internacionales el factor numérico haya sido entendido en el sentido de los párrafos de jurisprudencia antes transcritos, no tiene necesariamente que extrapolarse de manera mecánica en casos ante jurisdicciones penales nacionales como es el presente caso.

Lo anterior se refuerza por los comentarios de la Comisión de Derecho Internacional a su Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad (versión de 1991), citados por el propio TPIY,[28] en los que se precisa lo siguiente:

> La segunda alternativa [referencia a generalizado] requiere que el acto *sea cometido a gran escala* [fraseo de la respectiva disposición del Proyecto] significa que los actos sean dirigidos contra una multiplicidad de víctimas. **Este requisito excluye actos inhumanos aislados cometidos por un perpetrador en su propia iniciativa y dirigidos contra una sola víctima** […] **El término "a gran escala" en el presente texto** […] **es suficientemente amplio para cubrir varias situaciones involucrando una multiplicidad de víctimas, por ejemplo, como resultado del efecto acumulativo de una serie de actos inhumanos o el efecto singular de un acto inhumano de magnitud extraordinaria** [subrayado nuestro][29]

Si aplicamos este sentido del término generalizado a los hechos concretos del caso Manta y Vilca, podemos concluir que el ataque contra la respectiva población civil, en el cual violaciones sexuales y otras atrocidades fueron cometidas, tuvo un carácter generalizado toda vez que, como es claro, no estamos frente a un acto aislado y/o de un solo individuo.

En cualquier supuesto, debido a los hechos concretos del caso, se configura el crimen de lesa humanidad de violación sexual al estar presente, sin duda, el carácter sistemático y también, con razonable fundamento, el carácter generalizado. De la definición convencional y consuetudinaria es sólo necesario una de las dos características: "generalizado o sistemático[30] y, en el caso Manta y Vilca, se configurarían las dos.

Una observación final sobre los elementos materiales u objetivos es que, del fraseo que se hace en el auto, diera la impresión de que se ha asumido que sólo agentes estatales -*de iure* o de facto- que responden a una política estatal pueden ser considerados como perpetradores de los crímenes de lesa humanidad. En efecto, se afirma que: "[las conductas respectivas sean] cometidas de conformidad a la política de agentes del Estado".

27. Estatuto de la CPI, artículo 17.1.d).
28. Fiscal vs. Tadic, caso nº IT-94-1-T, sentencia de 7 de mayo de 1997, párrafo 648.
29. Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre el Trabajo de su 48ª Sesión, (1991), G.A.O.R., 46 sesión, Supp. No. 10, U.N. Doc. A/46/10, pp. 94-95.
30. Véase Fiscal vs. Akayesu, caso nº ICTR-96-4-T, sentencia de 2 de septiembre de 1998, párrafo 579.

Aunque a nivel doctrinal, hay cierta posición –minoritaria- que aboga por la solidez de la afirmación anterior,[31] lo cierto es que la mayoría no sólo de la doctrina sino el propio ECPI, el cual el auto cita –aunque no de manera completa- no restringen la calidad de perpetradores de crímenes de lesa humanidad sólo a los agentes estatales. En este contexto, el Estatuto de la CPI señala que:

> [conductas constitutivas de crímenes de lesa humanidad cometidas] de conformidad con la política de **un Estado o de una organización** de cometer ese ataque o para promover esa política [énfasis nuestro][32]

Lo anterior es complementado por el texto de los ECECPI, al señalar que:

> Por "ataque contra una población civil" en el contexto de esos elementos se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de los actos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto contra una población civil a fin de cumplir o promover la política **de un Estado o de una organización** de cometer ese ataque. No es necesario que los actos constituyan un ataque militar. Se entiende que la "política… de cometer ese ataque" requiere que **el Estado o la organización** promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil [énfasis nuestro].[33]

Si bien en el presente caso, los hechos se refieren a presuntos actos cometidos sólo por agentes estatales y no así por miembros de organizaciones no estatales, creemos importante hacer la observación máxime si se cita al propio ECPI.

1.1.2. Elementos mentales o subjetivos

En el auto, al momento de calificar a las violaciones sexuales como crímenes de lesa humanidad, no se hace referencia al elemento mental o subjetivo como parte de los elementos de los crímenes de lesa humanidad.[34] De hecho, se dan algunas imprecisiones al tratar de incluir lo que en el auto se considera como elementos subjetivos. En efecto, respecto a los presuntos autores -Rufino Donato Rivera Quispe y otros- se señala que:

> Siendo este presunto acto un ataque generalizado y sistemático contra la población civil de los distritos de Manta y Vilca **y con el presunto conocimiento de las autoridades de dichos lugares** [énfasis añadido][35]

Aunque esta afirmación, de acuerdo a los hechos, tendría asidero, es necesario precisar que para imputar a un individuo responsabilidad penal individual por crímenes de lesa humanidad -en este caso de violación sexual- lo que se exige no es el conocimiento de los superiores sino de los propios efectivos. En buena cuenta lo que se llama el *frame of mind* o estado mental que constituye el elemento subjetivo de cualquier crimen. Sobre el particular, el ECPI establece que:

> A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes [léanse violaciones sexuales] cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil **y con conocimiento de dicho ataque** [resaltado nuestro][36]

El texto de los ECECPI precisa lo anterior al establecer como elemento mental del crimen de lesa humanidad de violación sexual -así como de las otras conductas- lo siguiente:

> Que el autor **haya tenido conocimiento** de que la conducta era parte de un ataque

31. En ese sentido véase: BASSIOUNI, M. Cherif. Crimes Against Humanity. 2nd edición. La Haya: Martinus Nijhoff, 1999, pp. 243-281.
32. ECPI, artículo 7.2.a)
33. ECECPI, artículo 7. Crímenes de lesa humanidad. Introducción. 3.
34. Auto, página 22.
35. Auto, página 6.
36. ECPI, artículo 7.1.

> generalizado o sistemático dirigido contra una población civil **o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo** [resaltado nuestro][37]

Como se desprende de lo anterior, así como a partir de la jurisprudencia de tribunales penales internacionales,[38] el análisis debe realizarse sobre los que son considerados como autores. Ello, no significa que los autores deban tener un conocimiento detallado de todas las características del ataque, según lo desarrollado en la jurisprudencia internacional y en el propio texto de los ECECPI:

> […] No obstante, el último elemento **no debe interpretarse en el sentido de que requiera prueba de que el autor tuviera conocimiento de todas las características del ataque ni de los detalles precisos del plan o la política del Estado o la organización**. En el caso de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil que esté comenzando, **la cláusula de intencionalidad del último elemento indica que ese elemento existe si el autor tenía la intención de cometer un ataque de esa índole** [resaltado nuestro][39].

Si aplicamos lo anterior a los hechos concretos del caso, podemos señalar que los agentes del Estado considerados como presuntos responsables tenían conocimiento del ataque. En efecto, los testimonios proporcionados por las víctimas, las cuales refieren cómo se les calificó por los agentes militares como miembros o colaboradores de organizaciones terroristas, sustentan tal afirmación:

> […] "terruca a cuanta gente has matado", "ahora tienes que avisar a cuanta gente has matado" o "ahora vas a morir terruca" "vieja terruca tu sabes donde están los terroristas".[40]

Tales expresiones indican que las acciones de los agentes militares no pueden ser consideradas como excesos personales o actos privados, sino como parte de la política estatal que se habría implementado para combatir a la subversión en Manta y Vilca. Consecuentemente, los soldados que cometieron las violaciones sexuales lo hicieron como parte de un ataque sistemático y, por lo tanto, comprometieron su responsabilidad individual penal por crímenes de lesa humanidad.

1.2. Crímenes de guerra

Un aspecto del cual adolece, en general, nuestra jurisprudencia nacional es que no se califican las conductas como crímenes de guerra pese a que, como lo ha establecido el Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación en el Perú durante 20 años (1980-2000) se produjo un conflicto armado interno entre, por un lado, las fuerzas armadas estatales y, por otro lado, miembros de Sendero Luminoso y del MRTA.[41] El auto, no escapa de tal tendencia en tanto se hace énfasis sólo en la calificación de las conductas como crímenes de lesa humanidad, efectuándose únicamente una referencia indirecta a los crímenes de guerra, al momento de tratar el tema de la imprescriptibilidad.[42] En tal sentido, se harán a continuación algunas consideraciones sobre los crímenes de guerra.

1.2.1. Noción de crímenes de guerra

En términos generales, los crímenes de guerra son las violaciones serias, que generan responsabilidad penal individual, del Derecho internacional humanitario (de ahora en adelante DIH). En términos generales, el DIH o también llamado Derecho de los conflictos armados es el conjunto de normas convencionales o consuetudinarias, así como los principios respectivos, destinado a regular problemas o situaciones acaecidos en período de conflictos armados internos (de ahora en adelante CANI) o internacionales. El DIH se aplica a: i) las hostilidades en general; ii) la conducción de las hostilidades por parte de los grupos

37. ECECPI, artículo 7 1) g) Crimen de lesa humanidad de violación.
38. Véase, entre otros: Fiscal vs. Tadic, caso n° IT-94-1-A, sentencia de 15 de julio de 1999, párrafo 248; Fiscal vs. Kordic, caso n° IT-95/14/2-A, sentencia de 17 de diciembre de 2004, párrafo 99; Fiscal vs. Kayishema, caso n° ICTR-95-1-T, sentencia de 29 de mayo de 1999, párrafo 134; Fiscal vs. Bagilishema, caso n° ICTR-95-1-T, sentencia de 7 de junio de 2001, párrafo 94.
39. ECECPI, artículo 7. Crímenes de lesa humanidad. Introducción. 2.
40. Auto, página 3.
41. Véase Comisión de la Verdad y Reconciliación. Informe Final. Tomo VIII. Lima, 2003, p. 353.
42. Auto, página 23.

armados -estatales o no- lo que genera restricciones en cuanto a los métodos y medios de combate y; iii) la protección de las personas afectadas por el conflicto armado.[43]

Los crímenes de guerra fueron tipificados en los Estatutos de los Tribunales de Nuremberg y Tokio, por primera vez.[44] Posteriormente, el sistema de las infracciones graves -categoría de crímenes de guerra aplicables a un conflicto armado internacional- de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 aplicables y del Protocolo Adicional I a los Cuatro Convenios de Ginebra (de ahora en adelante PA I) continuó con este desarrollo. La evolución de la tipificación de los crímenes de guerra ha seguido con los Estatutos del TPIY;[45] TPIR, primer instrumento internacional que tipifica los crímenes en un CANI;[46] CPI, primer tratado multilateral que tipifica los crímenes de guerra en un CANI;[47] Corte Especial para Sierra Leona[48]; la regulación especial para Timor Oriental;[49] la *Law on the Khmer Rouge Trial* de Camboya[50] y; el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas[51].

En este punto, nos parece oportuno dar una definición de crímenes de guerra, los cuales en términos generales constituyen, como ya lo afirmamos, serias violaciones del DIH y como bien señaló la Sala de Apelaciones del TPIY, en el caso Tadic están constituidos por los siguientes elementos:

> i) la violación necesita constituir una infracción de una regla de derecho del derecho internacional humanitario;
>
> ii) la regla tiene que ser consuetudinaria en naturaleza o, si pertenece al derecho de los tratados las respectivas condiciones tienen que ser satisfechas […];
>
> iii) la violación tiene que ser "seria", es decir, tiene que constituir una infracción de una regla que protege importante valores, y la infracción tiene que involucrar consecuencias para la víctima […]
>
> iv) la violación de la regla necesita entrañar, de conformidad con el derecho convencional o consuetudinario, la responsabilidad penal individual de la persona violando la regla […].[52]

1.2.2. Noción de conflicto armado

Como rasgo esencial de los crímenes de guerra, tenemos que una conducta -acción u omisión- necesita haber sido cometida no sólo durante un conflicto armado sino también en conexión con él, tal y como se establece en el texto de los ECECPI y en las confirmaciones de cargos en los casos Lubanga y Katanga & Ngudjolo[53] ante la CPI que no hacen sino seguir la línea de la jurisprudencia del TPIY y TPIR.[54]

---

43. Definición de Derecho internacional humanitario adaptada de la definición brindada por: VERRI, Pietro. Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados. Comité Internacional de la Cruz Roja: Colombia, 2002, p. 33.
44. Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, artículo 6.b; Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Tokio, artículo 5.b.
45. Estatuto del TPIY, artículo 2. Infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949; artículo 3. Violaciones de las leyes o prácticas de guerra.
46. Estatuto del TPIR, artículo 4. Violaciones del artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra y al PA II.
47. ECPI, artículo 8. Crímenes de guerra.
48. Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona, artículo 3 (Violaciones del Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del PA II) y artículo 4 (Otras violaciones serias del Derecho internacional humanitario).
49. UNTAET Regulation No. 2000/15 para Timor Oriental, sección VI (crímenes de guerra).
50. Law on the Khmer Rouge Trial de Camboya de 2001, artículos 6 y 7.
51. Proyecto de Código de crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1996, artículo 20.
52. Fiscal vs. Tadic, caso n.º IT-94-AR-72, decisión de la Cámara de Apelación relativa a la moción de la defensa sobre la excepción preliminar de jurisdicción de 2 de octubre de 1995, parágrafo 94.
53. Fiscal vs. Thomas Lubanga Dylo, caso n.º ICC-01704-01/06, confirmación de cargos de 29 de enero de 2007, párrafos 227 y siguientes; Fiscal vs. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui, caso n.º ICC-01/04-01/07, confirmación de Cargos de 30 de septiembre de 2008, párrafos 233 y siguientes.
54. Véanse, entre otros:Fiscal vs. Tadic, caso n° IT-94-1-T, sentencia de 7 de mayo de 1997, párrafo 572; Fiscal vs. Kayishema y Ruzindana, caso n° ICTR-95-1-T, sentencia de 21 de mayo de 1999, párrafos 185-199.

Una última precisión radica en proporcionar una definición operativa de conflicto armado, toda vez que es en conexión con él que se suscitan los crímenes de guerra. Sobre el particular el TPIY en el caso Tadic señaló que:

> […] un conflicto armado existe cuando hay un recurso a una fuerza armada entre Estados o una violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos dentro de un Estado.[55]

En tal sentido, un conflicto armado presenta los siguientes elementos fundamentales: i) por definición, la fuerza o violencia armada, siendo que el término conflicto armado en sí mismo sugiere la existencia de hostilidades[56] por oposición a las tensiones y disturbios internos; ii) la prolongación en el tiempo; iii) la organización, en mayor o menor medida, del grupo participante en el conflicto armado.

2. Tortura y violación sexual

2.1. Contenido del auto

En el auto se señala que:

> El Señor Representante del Ministerio formula denuncia penal por el delito contra la Humanidad-Tortura-Modalidad de Violación sexual (Violación Sexual como actos o Modalidades de Tortura), siendo que conforme los fundamentos esgrimidos en el Auto de Devolución obrante en autos de folios ochenta y siete a setecientos noventa, el delito se encontraría adecuadamente tipificado dentro del delito de Violación de la Libertad Sexual constituido este como delito de Lesa Humanidad, motivo por el cual teniendo en cuenta la homogeneidad de hechos y a efectos de no perjudicar a las partes a tener un pronunciamiento respecto a los hechos acontecidos, estando a lo expuesto en los fundamentos de devolución antes referido y debido a esta discrepancia con el Señor Representante del Ministerio Público es que corresponde abrir conforme a los hechos históricos descritos como Violación de la Libertad Sexual, respecto de lo cual no existe discrepancia tanto del Representante del Ministerio Público como de esta Judicatura.[57]

Además de ello, en los puntos resolutivos del auto se hace referencia a la comisión del delito contra las buenas costumbres, la libertad y el honor sexual -artículo 196 del Código Penal de 1924- y a la comisión del delito contra la libertad, violación de la Libertad Sexual -artículo 170, Código Penal de 1991-.[58] No obstante, no se hace un análisis mayor sobre el particular.

En el auto, asimismo, el señor representante del Ministerio Público califica a la violación sexual como acto o modalidad de tortura, dentro de la calificación como delito contra la humanidad.[59] Sin embargo, en base a la legislación penal vigente cuando se cometieron las conductas en cuestión, el Juzgado sólo las calificó como ya sea: i) delitos contra los buenas costumbres, la libertad y el honor sexual -Código Penal de 1924, artículo 196- o ii) Delito contra la libertad, violación de la libertad sexual -Código penal de 1991, artículo 170-.[60]

Como, ya adelantamos, no se hace un mayor análisis de los elementos de la tortura ni de la violación sexual, tema sobre el cual nos abocaremos a continuación.

---

55. Fiscal vs. Tadic, caso n° IT-94-1-T, sentencia de 7 de mayo de 1997, párrafo 628.
56. Precisión extraída de la sentencia del TPIR en: Fiscal vs. Akayesu, caso nº ICTR-96-4-T, sentencia de 2 de septiembre de 1998, párrafo 620. Véase también Fiscal vs. Musema, caso nº ICTR-96-13-A, sentencia de 27 de enero de 2000, párrafo 248.
57. Auto, página 24.
58. Auto, páginas 26-27.
59. Auto, página 24.
60. Auto, páginas 26-27.

2.2. Tortura

Es importante recordar que la tortura es tratada en el Derecho internacional bajo tres regímenes jurídicos distintos que, si bien tienen puntos de conexión, presentan particularidades propias como pasamos a detallar.

2.2.1. Tortura como crimen per se, bajo el régimen del Derecho internacional de los derechos humanos. Análisis del tipo de nuestro código penal

Bajo el régimen de los tratados de derechos humanos, un solo acto de tortura y sin la necesidad de producirse en un contexto de generalidad o sistematicidad o; en conexión con un conflicto armado genera responsabilidad penal individual. El actual artículo 321 del Código Penal que tipifica el delito de tortura recoge fundamentalmente la definición contenida en el artículo 1 de la Convención Inter-Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura la cual coincide, en su mayor parte, con la definición proporcionada en el artículo 1 de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros Penas o Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes. Los elementos que recoge nuestro actual artículo 321 son:

• La necesidad de un sujeto activo calificado: funcionario o servidor público o cualquiera persona con consentimiento o aquiescencia de aquél. Se sigue tanto lo establecido en la Convención Inter-Americana como de la ONU y que, como veremos luego, es el principal elemento de distinción de otros regímenes jurídicos de tortura.

• Infligir a otro dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales. El legislador nacional siguió el parámetro menos protector de la Convención de la ONU que incluye el elemento de gravedad, lo cual no es exigido expresamente por la Convención Interamericana. Sin embargo, la jurisprudencia y la casuística internacionales son unánimes en considerar a la gravedad, a través de una ponderación de criterios objetivos y subjetivos, al momento de distinguir la tortura de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.[61]

• El código penal peruano además del sometimiento a dolores o sufrimientos graves incluye como tortura el someter al sujeto pasivo a "condiciones o métodos que anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o aflicción psíquica". En este extremo, se recoge el parámetro más protector de la Convención Interamericana la cual, a diferencia de la Convención de la ONU, no se limita a la sanción de dolores o sufrimientos sino también a métodos para anular la personalidad.

• La necesidad de un propósito o finalidad. El código penal establece: "con el fin de obtener de la víctima o de un tercero una confesión o información, o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidarla o de coaccionarla". El código penal recoge el parámetro menos protector de la Convención de la ONU al señalar taxativamente las finalidades. En el caso de la Convención Interamericana se incluye una cláusula abierta al establecerse: "con cualquier otro fin".

2.2.2. Tortura como crimen de lesa humanidad

De conformidad con el Estatuto de la CPI, artículo 7. 2.e., la tortura está definida como:

> Causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas.

61. A nivel de la jurisprudencia de la Corte IDH, entre otros, véanse: Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párrafos 113 y 117; Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párrafo 162. A nivel de la jurisprudencia del TPIY, entre otros, véanse: Fiscal vs. Mucic y otros (Caso Celebici), caso n° IT-96-21-T, sentencia de 16 de noviembre de 1998; Fiscal vs. Kunarac y otros, caso n° IT-96-23 & IT-96-23/1-A, sentencia de 12 de junio de 2002, párrafo 149.

• No se requiere la presencia de un sujeto activo calificado, es decir no es necesaria la presencia de un funcionario o servidor público, ni siquiera su consentimiento o aquiescencia. Este elemento ha sido desarrollado en detalle por la jurisprudencia del TPIY en, entre otros, los casos Kunarac y Kvocka.[62]

El texto de los ECECPI detalla los elementos de la tortura como crimen de lesa humanidad:

• Que el autor haya infligido a una o más personas graves dolores o sufrimientos físicos o mentales.

• Que el autor tuviera a esa o a esas personas bajo su custodia o control.

• Que el dolor o el sufrimiento no haya sido resultado únicamente de la imposición de sanciones legítimas, no fuese inherente ni incidental a ellas.

Se debe precisar que pese a que, de acuerdo a los textos del ECPI y de los ECECPI no se requiere como elemento una finalidad en el crimen de lesa humanidad de tortura, el TPIY[63] y el TPIR[64] han considerado en su jurisprudencia que tal elemento pertenece al Derecho internacional consuetudinario.

Además de los elementos particulares de esta ofensa, el texto de los ECECPI incluyen los llamados elementos contextuales, que son comunes a los diferentes crímenes de lesa humanidad:

• Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.

• Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

2.2.3. Tortura como crimen de guerra

• Nuevamente no se exige la presencia de un sujeto activo calificado, es decir, agente estatal o aquiescencia estatal. Este punto también se funda en la existencia de jurisprudencia del TPIY, a la cual ya hicimos referencia en el punto anterior.

Según el texto de los ECECPI, los elementos del crimen de guerra de tortura cometido en un conflicto armado no internacional son los siguientes:

• Que el autor haya infligido graves dolores o sufrimientos físicos o mentales a una o más personas.

• Que el autor haya infligido el dolor o sufrimiento a los fines de obtener información o una confesión, como castigo, intimidación o coacción o por cualquier otra razón basada en discriminación de cualquier tipo.

• Que esa persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido personas civiles o miembros del personal sanitario o religioso que no tomaban parte activa en las hostilidades.

• Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa condición.

---

62. Fiscal vs. Kunarac y otros, caso n° IT-96-23 & IT-96-23/1-T, sentencia de 22 de febrero de 2001, párrafo 496; Fiscal vs. Kvocka y otros, caso n° IT-98-30/1-T, sentencia de 2 de noviembre de 2001, párrafos 137-139.
63. Fiscal vs. Kvocka y otros, caso n° IT-98-30/1-T, sentencia de 2 de noviembre de 2001, párrafos 140-141; Fiscal vs. Krnojelac, caso nº IT-97-25-T, sentencia de 15 de marzo de 2002, párrafos 184-186; Fiscal vs. Brdanin, sentencia de 1 de septiembre de 2004, párrafo 481. Por ejemplo, en la última sentencia se detalla respecto a este elemento que: "[…] el acto o la omisión tiene que haber ocurrido para obtener información o confesión, o sancionar, intimidar o coaccionar a la víctima o a una tercera persona, o discriminar, por cualquier razón, a la víctima o una tercera persona".
64. Fiscal vs. Semanza, caso nº ICTR-97-20-T, sentencia de 15 de mayo de 2003, párrafos 342-343.

Los elementos contextuales comunes a todos los crímenes de guerra, según el texto de los ECECPI, son:

• Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionado con él.

• Que el autor haya sido consciente de circunstancias hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

En conclusión, si pudiésemos sintetizar las características de los tres regímenes jurídicos de tortura antes analizados, tendríamos lo siguiente:

Tortura como:	Necesidad de sujeto activo calificado	Necesidad de una finalidad	Necesidad de dolores, sufrimientos graves	Necesidad contexto generalizado o sistemático	Necesidad de conexión con conflicto armado
Crimen per se (Régimen Derechos Humanos)	Sí	Sí	* Sí (Convención ONU) * No (Convención Interamericana)	No	No
Crimen de lesa humanidad	No	* No (ECPI, ECECPI) * Sí (Jurisprudencia TPIY, TPIR)	Sí	Sí	No
Crimen de guerra	No	Sí	Sí	No	Sí

2.3. Violación sexual

En el auto tanto la fiscalía como el juzgado coinciden en la calificación de las conductas como violación sexual en aplicación del código penal. Sin embargo, no se ha hecho un mayor análisis de los elementos del tipo penal peruano ni tampoco la represión de la violación sexual en el Derecho penal internacional. Sobre lo segundo haremos algunas precisiones en los siguientes párrafos.

En el contexto del Estatuto de la CPI se ha tipificado, de verificarse los respectivos elementos específicos y contextuales, a la violación sexual como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra sea, en el segundo caso que se cometa en el contexto de un conflicto armado internacional o un CANI:

2.3.1. Violación sexual como crimen de lesa humanidad

El texto de los ECECPI establece como elementos específicos:

• Que el autor haya invadido[65] el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo.

• Que la invasión haya tenido lugar por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión sicológica

65. El concepto de "invasión" se utiliza en sentido amplio para que resulte neutro en cuanto al género.

o el abuso de poder, contra esa u otra persona o aprovechando un entorno de coacción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento.[66]

Con respecto a los elementos contextuales, comunes a todos los crímenes de lesa humanidad se establece:

• Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.

• Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

2.3.2. Violación sexual como crimen de guerra

En el contexto de un CANI, el texto de los ECECPI establece:

• Que el autor haya invadido[67] el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o genital de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo.

• Que la invasión se haya cometido por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante la coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso del poder, contra esa persona u otra persona o aprovechando el entorno coercitivo, o se haya realizado en condiciones en que la persona era incapaz de dar su libre consentimiento.

Con respecto a los elementos contextuales, comunes a todos los crímenes de guerra, el texto de los ECECPI establece:

• Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

• Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

2.3.3. Acto físico de naturaleza sexual y falta de autonomía sexual

Los elementos específicos de la violación sexual ya sea como crimen de guerra o como crimen de lesa humanidad reflejan lo que en su momento la jurisprudencia del TPIY precisó. Sobre el particular podemos hacer referencia tanto al: i) acto físico y a la ii) no autonomía sexual o no "consentimiento".

i) *Acto físico de naturaleza sexual.* En el auto, el fraseo de las imputaciones con respecto a los presuntos autores, se da de la siguiente manera: "Se le imputa ser autor de la comisión del delito de violación sexual, obligando con violencia a la persona a sufrir el acto sexual fuera del matrimonio".[68]

Sobre el acto físico, el TPIY en el caso Furundzija definió el acto físico de violación sexual en los siguientes términos:

> […] la penetración sexual, aunque sea leve:
> (a) de la vagina o el ano de la víctima por el pene del perpetrador o cualquier otro objeto usado por el perpetrador, o
> (b) de la boca de la víctima por el pene del perpetrador.[69]

66. Se entiende que una persona es incapaz de dar su libre consentimiento si adolece de una incapacidad natural, inducida o debida a la edad.
67. El concepto de "invasión" se utiliza en sentido amplio, para que resulte neutro en cuanto al género.
68. Auto, pp. 6 y siguientes.
69. Fiscal vs. Furundzija, caso nº IT-95-17/1-T, sentencia de 10 de diciembre de 1998, párrafo185. Confirmado por Fiscal vs. Kunarac y otros, caso n° IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, sentencia de 22 de febrero de 2001, párrafo 438 y Fiscal vs. Kvocka y otros, caso n° IT-98-30/1-T, sentencia de 2 de noviembre de 2001, párrafos 175-176.

Cabe precisar que el TPIY, en la anterior sentencia, hace referencia al pene del perpetrador, con lo cual se estaría partiendo -al menos en uno de los supuestos bajo el literal a) y el supuesto bajo el literal b)- de considerar al sujeto activo como sujeto activo masculino. No obstante, el texto de los ECECPI adopta una definición neutral, desde el punto de vista de género al hacer referencia a "que el autor haya invadido el cuerpo de una persona". El fraseo del texto de los ECECPI: "penetración… de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor", también incluye forzar a una víctima a realizar sexo oral en el perpetrador o en otra persona, realizar sexo oral en la víctima, o incluso cuando una mujer fuerza a un hombre al acto sexual.

ii) *Falta de autonomía sexual o falta de consentimiento*. En el auto se hacen referencia a diversas manifestaciones de las víctimas que denotarían la ausencia de consentimiento. Así tenemos:[70]

• Manifestación preliminar de una víctima de los presuntos abusos efectuados por efectivos militares, quienes no sólo habrían asesinado a su padre, madre, hermana y sobrino, sino que también habría sido víctima de violación sexual a manos de varios soldados. Luego de ello, estuvo vigilada por cinco efectivos militares por órdenes superiores y logró escapar de su propio domicilio por espacio de tres días.

• Manifestación preliminar de un testigo que menciona que su padre fue supuestamente detenido por tener vínculos y contactos con los terroristas sin conocer, hasta la fecha, su paradero. Adicionalmente, narra cómo su madre y hermanos fueron llevados a la Base militar siendo obligados a atender a los militares. En el período en el cual se encontraban en cautiverio, prosigue la declaración, su madre era llamada todas las noches presuntamente para dar su manifestación, no obstante, volvía nerviosa y lloraba.

• Manifestación preliminar de una mujer que supuestamente fue víctima de violación sexual por un efectivo militar. Además, habría sido testigo de las fiestas que, en el Distrito de Manta, los efectivos militares realizaban, ordenando a las mujeres –provenientes de los distritos de Acobambilla, Viñas, Anccapa, Payccpampa, Pampahuasi, Jerusalén, Chaquicocha, Salccahuara, Huancallpi, Manta, Collpa, Ccorisoto y Santa Rosa- a que se quedasen para posteriormente violarlas utilizando la fuerza y disparos.

• Manifestación preliminar en la que se narra cómo una presunta víctima perdió a su esposo en el contexto de ingreso de efectivos militares al distrito de Manta, los que disparaban sin cesar. A pesar de que ella logró huir, su esposo no corrió con la misma suerte, encontrando su cadáver días después. Sostiene también que fue víctima de violaciones sexuales en tres ocasiones y que, luego de dos meses de producirse la violación, un familiar fue acusado de robo y torturado presentando excoriaciones y heridas en el cuerpo graves.

En relación a la falta de autonomía sexual o falta de consentimiento, el TPIY en el caso Kunarac precisó lo siguiente:

> (i) la actividad sexual tiene que ser acompañada por fuerza o amenaza de fuerza a la víctima o a una tercera parte;
>
> (ii) la actividad sexual tiene que ser acompañada por fuerza o una variedad de otras circunstancias específicas las cuales han hecho a la víctima particularmente vulnerable o han negado su habilidad a hacer un rechazo informado;
>
> (iii) la actividad sexual tiene que ocurrir sin el consentimiento de la víctima.[71]

En torno a las "circunstancias específicas las cuales han determinado la vulnerabilidad o engaño de la víctima", la Sala de Juicio en Kunarac estableció que el énfasis de las disposiciones de Derecho penal nacional examinadas se refieren a que:

la víctima, debido a su incapacidad de una naturaleza cualitativa o duradera (por ejemplo enfermedad mental o física, o la minoría de edad) o de una naturaleza circunstancial (por ejemplo el ser sometido a presión psicológica o de otra manera a un estado de inestabilidad para resistir) fue incapaz de

70. Auto, pp. 10-12, considerando vigésimo segundo.
71. Fiscal vs. Kunarac y otros, caso n° IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, sentencia de 22 de febrero de 2001, párrafo 442. Confirmado por Fiscal vs. Kvocka y otros, caso n° IT-98-30/1-T, sentencia de 2 de noviembre de 2001, párrafo 177.

rechazar el ser sometida a los actos sexuales. El efecto fundamental de factores tales como sorpresa, fraude o mala representación es que la víctima fue sometida al acto sin la oportunidad de un rechazo informado o razonado. El denominador común subyacente a esas diferentes circunstancias es que ellas tienen como efecto que la voluntad de la víctima fue abrumada o que su habilidad de libremente rechazar los actos sexuales fue negada temporalmente o negada de manera más permanente.[72]

En el mismo caso, la Sala de Juicio concluyó que:

> el principio que es verdaderamente común a los sistemas jurídicos domésticos es que las violaciones serias de *autonomía* sexual tienen que ser penalizadas. La autonomía sexual es violada si la persona que es sometida al acto no lo ha aceptado libremente o de otra forma no es un participante voluntario.
>
> En la práctica, la ausencia de un consentimiento dado libre y genuinamente o una participación voluntaria puede ser *evidenciada* por la presencia de varios factores especificados en otras jurisdicciones – tales como la fuerza, amenazas de fuerza, o el aprovecharse de una persona que es incapaz de resistir.[73]

La Sala de Apelaciones en el caso Kunarac precisó que a pesar de la inexistencia de un requisito de “no resistencia”, el elemento de fuerza debe ser entendido de la siguiente manera:

> La fuerza o amenaza de fuerza proporciona clara evidencia de no consentimiento, pero la fuerza no es un elemento *per se* de violación sexual… Un enfoque más estrecho focalizado en la fuerza o amenaza de fuerza podría permitir a los perpetradores evadir la responsabilidad por actividad sexual respecto de la cual la otra parte no consintió al aprovecharse de las circunstancias coactivas sin recurrir a la fuerza física.
>
> Una amenaza de represalia “en el futuro contra la víctima o alguna otra persona” es [en algunas jurisdicciones domésticas] un *indicium* suficiente de fuerza en tanto “exista una posibilidad razonable de que el perpetrador ejecutará la amenaza… [E]s valioso observar que las circunstancias…que prevalece en la mayoría de los casos imputados ya sea como crimen de guerra o como crimen de lesa humanidad serán casi universalmente coactivas. Es decir, el consentimiento genuino no será posible.[74]

Como síntesis de lo expuesto sobre los elementos de violación sexual como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra tendríamos lo siguiente:

Violación sexual como:	Acto físico de naturaleza sexual	Falta de autonomía o falta de consentimiento	Contexto generalizado o sistemático	Conexión con un conflicto armado
Crimen de lesa humanidad	X	X	X	
Crimen de guerra	X	X		X

2.3.4. Regulación en nuestro código penal en relación al DPI

El artículo 170 de nuestro Código penal define violación sexual en los siguientes términos: “El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a practicar el acto sexual u otro análogo…” Si comparamos esta definición de violación sexual de nuestro código penal con la definición incorporada en el texto de los ECECPI de violación sexual como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra, podemos hacer las siguientes observaciones:

72. Fiscal vs. Kunarac y otros, caso n° IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, sentencia de 22 de febrero de 2001, párrafo 452.
73. Ibid., párrafos 457-458.
74. Ibid., párrafos 129-130.

• Existe una concordancia en términos generales toda vez que se alude no sólo al acto sexual sino también a otro acto análogo.

• Nuestro código penal hace referencia a la "violencia o a grave amenaza", mientras el texto de los ECECPI incluye los términos "fuerza o mediante la amenaza de fuerza o mediante la coacción" y luego detalladamente desarrolla el contenido de esta expresión. Este aspecto no se encuentra regulado, en tal detalle, en nuestro código penal.

• El texto de los elementos de los ECECPI introduce el concepto de "invasión del cuerpo" que no se encuentra recogido de manera expresa en nuestro código penal.

2.4. Violación sexual como tortura

2.4.1. Tratamiento en la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales

Aunque los textos de los Estatutos del TPIY, TPIR, CPI -en este último caso, incluyendo el texto de los ECECPI- no contienen una calificación expresa de la violación sexual como tortura; la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales han cubierto y con creces tal vacío normativo.

El TPIR, en el caso Akayesu, señaló que:

> Como la tortura, la violación sexual es usada para propósitos tales como intimidación, degradación, sanción, control o destrucción de una persona. Como la tortura, la violación sexual es la violación de la dignidad personal, y la violación sexual de hecho constituye tortura cuando es infligida por instigación de o con el consentimiento o aquiescencia de otra persona actuando en una capacidad oficial. La Sala define violación sexual como una invasión física de una naturaleza sexual, cometida en una persona bajo circunstancias las cuales son coactivas.[75]

Por su parte, el TPIY en el caso Furundzija sostuvo lo siguiente:

> 163. Como es evidenciado por casos de la jurisprudencia internacional, los informes del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y el Comité contra la Tortura, del Relator Especial, y las declaraciones públicas del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura, esta práctica viciosa e ignominiosa puede tomar varias formas. Los casos de la jurisprudencia internacional y los informes del Relator Especial de Naciones Unidas muestran un impulso de dirigirse, a través de un proceso legal, al uso de violación sexual en el curso de detención e interrogación como medio de tortura y, por lo tanto, como una violación del Derecho internacional. La violación sexual es utilizada ya sea por el interrogador en sí mismo o por otras personas asociadas con la interrogación de un detenido, como un medio de sanción, intimidación, coerción o humillación de la víctima, o la obtención de información, o confesión, desde la víctima o una tercera persona. En Derecho de los derechos humanos, en tales situaciones la violación puede equivaler a tortura, como es demostrado por la conclusión de la Corte Europea de Derechos Humanos en *Aydin* y la Comisión Inter-Americana de Derechos Humanos en Mejía.
>
> […]
>
> 170. Ningún instrumento internacional de derechos humanos prohíbe específicamente la violación sexual u otros asaltos sexuales serios. Sin embargo, esas ofensas están implícitamente prohibidas por las disposiciones que salvaguardan la integridad física, las cuales están contenidas en todos los tratados internacionales relevantes. El derecho a la integridad física es uno fundamental, y es innegablemente parte del derecho internacional consuetudinario.

75. Fiscal vs. Akayesu, caso nº ICTR-96-4-T, sentencia de 2 de septiembre de 1998, párrafo 597.

> 171. En ciertas circunstancias, sin embargo, la violación sexual puede equivaler a tortura y ha sido considerada por los órganos judiciales internacionales como constitutivos de violación de la norma que prohíbe la tortura, como se estableció antes en el párrafo 163.[76]

El TPIY en el caso Mucic (también conocido como Celebici), precisó lo anterior haciendo énfasis en la especial gravedad que tienen los casos en los cuales hay participación o aquiescencia de un agente o funcionario estatal, como se dio en el caso Manta y Vilca:

> La Sala de Juicio considera que la violación sexual es un acto infame el cual afecta el mismo núcleo de la dignidad humana e integridad física. *La condena y la sanción de la violación sexual adquieren la mayor urgencia cuando es cometida por, o debido a la, instigación de un oficial público, o con el consentimiento o aquiescencia de tal oficial.* La violación sexual causa severo dolor y sufrimiento, tanto físico y psicológico. El sufrimiento psicológico de personas a quienes la violación sexual es infligida puede ser exacerbada por condiciones sociales y culturales y puede ser particularmente aguda y duradera. Además es difícil prever circunstancias en las cuales la violación, por, o a la instigación de, un oficial público, o con el consentimiento o aquiescencia de un oficial, no pueda ser considerada que ocurre para un propósito que, de ninguna forma, involucra sanción, coerción, discriminación o intimidación. En opinión de la Sala de Juicio esto es inherente en situaciones de conflicto armado.
>
> Por lo tanto, cuando sea que la violación sexual y otras formas de violencia sexual cumplan los requisitos anteriores, entonces ellas constituirán tortura, en la misma manera como cualquier otro acto que satisface estas condiciones [Resaltado nuestro].[77]

La jurisprudencia posterior del TPIY ha seguido la misma orientación de calificar a la violación sexual como tortura. En efecto, en el caso Kvocka, el TPIY sobre la base de diferentes fuentes concluyó que:

> El Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Tortura, los órganos de derechos humanos, y juristas han enumerado varios actos que probablemente constituyen tortura dependiendo de las circunstancias. Golpizas, *violencia sexual*, negación prolongada de sueño, comida, higiene, y asistencia médica, como también amenazas de tortura, *violación sexual* o asesinato de parientes estuvieron entre los actos más comúnmente mencionados como los más probables en constituir tortura [tortura].[78]

En la misma dirección, la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso Kunarac señaló:

> La Sala de Apelaciones sostiene que la suposición de que el sufrimiento de los Apelantes tiene que ser visible, incluso mucho después de la comisión de los crímenes en cuestión, es erróneo. Generalmente hablando, algunos actos establecen *per se* el sufrimiento de aquéllos a quienes fue infligido. La violación sexual es obviamente tal acto. La Sala de Juicio sólo pudo concluir que tal sufrimiento ocurrió incluso sin certificado médico. La violencia sexual necesariamente origina un dolor severo o sufrimiento, sea físico o mental, y de esta forma justifica su caracterización como un acto de tortura.[79]

No obstante, como señalamos,[80] la jurisprudencia del TPIY retiró la necesidad de la presencia de un sujeto activo calificado -agente estatal- del crimen de lesa humanidad o crimen de guerra de tortura y, por lo tanto, violación sexual entendida como una manifestación de tortura, ya sea en las categorías de crímenes de lesa humanidad o de crímenes de guerra.

76. Fiscal vs. Furundzija, caso nº IT-95-17/1-T, sentencia de 10 de diciembre de 1998, párrafos 163, 170 y 171.
77. Fiscal vs. Mucic (caso Celebici), caso n° IT-96-21-T, sentencia de 16 de noviembre de 1998, párrafos 495 y siguientes.
78. Fiscal vs. Kunarac y otros, caso n° IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, sentencia de 22 de febrero de 2001, párrafo 287.
79. Ibid., párrafo 150.
80. Véase supra 2.2.2 y 2.2.3.

2.4.2. Tratamiento en el sistema inter-americano de protección de derechos humanos

La Corte Inter-Americana de Derechos Humanos (de aquí en adelante Corte IDH) no ha tratado, hasta ahora, la cuestión de si la violación sexual constituye una forma de tortura bajo el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (de aquí en adelante CADH). En el caso Loayza Tamayo vs. Perú, la víctima sostuvo que fue brutalmente violada y maltratada mientras estaba bajo detención por autoridades peruanas. La Corte IDH sostuvo que no había evidencia suficiente para sostener el alegato de violación y, por lo tanto, no decidió el asunto de violación sexual como una infracción del derecho al trato humano. No obstante, la Corte IDH sostuvo que la víctima sufrió otros maltratos sustanciales, los cuales violaron el artículo 5 de la CADH. Como apropiadamente resaltan Rodríguez-Pinzón y Martin,[81] el caso ilustra las dificultades que las víctimas enfrentan al momento de probar las violaciones que no necesariamente dejan huellas y para las cuales la evidencia documentaria, tales como certificados médicos, son difíciles de obtener.

Sin embargo, si comparamos los hechos del caso Loayza Tamayo con los hechos del Caso Manta y Vilca podemos rápidamente concluir que, en el segundo, existe suficiente material probatorio, a saber:

• Recortes periodísticos del diario Correo que dieron cuenta de las violaciones de derechos humanos cometidas por parte de efectivos militares bajo el estado de emergencia, incluyendo violaciones de mujeres.[82]

• Diversas manifestaciones que dieron cuenta de los presuntos abusos cometidos que presuntamente se efectuaban por parte del personal militar y Jefes de Bases Militares que comandaban en todo Huancavelica. Abusos que, de acuerdo a las narraciones, incluyeron violaciones sexuales.[83]

• Los testimonios recogidos por la Comisión de la Verdad y Reconciliación, incluidos como anexos a su Informe Final de 2003. La Comisión sobre la base de los mismos concluyó que:

> Las acciones de los militares de la base de Manta y la base de Vilca, en Huancavelica, merecen un comentario aparte. Los casos de violación sexual se dieron desde la instalación de las bases en el año 1984 y 1985, respectivamente. Los soldados acostumbraban incursionar en la comunidad y violar sexualmente a las mujeres en sus casas o detenerlas con la excusa de tener vínculos con los senderistas para llevarlas a la base, donde eran violadas sexualmente. Muchas veces, los soldados irrumpían en las casas de los pobladores, instalándose en ellas y manteniendo en cautiverio a las mujeres […].[84]

En este punto es importante precisar el impacto del Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación en el tema bajo análisis. A nivel internacional, la Corte IDH en el caso Castro Castro vs. Perú sostiene que tanto órganos peruanos como internacionales han reconocido que durante los conflictos armados (internos) las mujeres enfrentan situaciones específicas de vulneración de sus derechos humanos, lo cual incluye actos de violencia sexual.[85] En buena cuenta, la violación sexual y otras formas de violencia sexual como medio ilícito de conducción de hostilidades que buscan humillar y castigar a la parte adversaria. Precisamente, la Corte IDH cita textualmente al Informe al señalar que:

> […] en su Informe Final la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú afirmó que en el conflicto armado existió "una práctica […] de violaciones sexuales y violencia sexual contra mujeres principalmente", la cual "es imputable […] en primer término a agentes estatales [… y] en menor medida a miembros de los grupos subversivos". Asimismo,

81. RODRÍGUEZ-PINZÓN, Diego y MARTIN, Claudia. The prohibition of torture and ill-treatment in the Inter-American Human Rights System. Ginebra: World Organization Against Torture, 2006, p. 113.
82. Auto, p. 10.
83. Auto, páginas 10-11.
84. Comisión de la Verdad y Reconciliación. Ob. cit., Tomo VI, p. 321.
85. Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párrafo 223.

> la CVR señaló que durante el referido conflicto los actos de violencia sexual contra las mujeres tenían como objetivos castigar, intimidar, presionar, humillar y degradar a la población.[86]

A nivel de jurisprudencia nacional, en la reciente sentencia contra el ex presidente Fujimori, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema precisó que el valor probatorio del Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, en proceso penal, radica en los llamados hechos contextuales, referidos a la existencia de numerosas violaciones de derechos humanos. Es decir, desapariciones forzadas y ejecuciones arbitrarias atribuidas a los agentes del Estado, en forma de una práctica sistemática y generalizada, en el caso concreto de Fujimori[87] y, agregaríamos, violación sexual y otras formas de violencia sexual en el caso Manta y Vilca.

• Numerosos casos de niños y niñas que desconocen la identidad de sus padres.[88] En este punto el Juzgado, según contenido del auto, ha ordenado como parte de las diligencias judiciales a actuarse, la toma de sangre de los encausados –con excepción de los cómplices- para su comparación con las muestras del ADN a tomarse de las agraviadas y los hijos o hijas de las mismas, producto de la presunta violencia sexual de la cual fueron víctimas.[89]

Ahora bien, la Comisión Inter-Americana de Derechos Humanos ha consistentemente encontrado que la violación es una forma de tortura. En el caso Martín de Mejía contra Perú, la Comisión estableció que:

> En relación al primer elemento, la Comisión considera que la violación es un abuso físico y mental que se perpetra como resultado de un acto de violencia. El tipo penal de violación contenido en el artículo 170 del Código Penal peruano confirma esta afirmación al establecer que "[e]l que, con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a practicar el acto sexual...". El Relator Especial contra la Tortura ha señalado que la violación es uno de varios métodos de tortura física. Asimismo, se considera que la violación es un método de tortura psicológica pues tiene por objeto, en muchos casos, no sólo humillar a la víctima sino también a su familia o comunidad. En este sentido, el mencionado Relator Especial ha manifestado que --particularmente en Perú-- "...[I]a violación parecería ... ser un arma utilizada para castigar, intimidar y humillar".
>
> La violación produce un sufrimiento físico y mental en la víctima. Además de la violencia sufrida al momento que se perpetra, las víctimas habitualmente resultan lesionadas o, en algunos casos, aún quedan embarazadas. El hecho de ser objeto de un abuso de esta naturaleza les ocasiona asimismo un trauma psicológico que resulta, por un lado, del hecho de ser humilladas y victimizadas y por el otro, de sufrir la condena de los miembros de su comunidad, si denuncian los vejámenes de los que fueron objeto.[90]

Las víctimas de violación sexual generalmente sufren trauma psicológico como resultado de ser humilladas y victimizadas. Este trauma puede ser agravado por la condena de los miembros de su comunidad si ellas informan que han sido violadas o sexualmente asaltadas.[91]

86. Ibid., párrafo 225.
87. Corte Suprema de Justicia del Perú. Sentencia de la Sala Penal Especial en el Expediente N° AV 19-2001 (acumulado) de 7 de abril de 2009. Casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos Servicio de Inteligencia del Ejército, párrafo 123.
88. La Comisión de la Verdad y Reconciliación, sobre la base de un testimonio, señaló que tales niños y niñas no llevan el apellido real de sus padres optando las madres por registrarlos con los apodos con los que eran conocidos los soldados o con el grado militar del padre. Comisión de la Verdad y Reconciliación. Ob.cit., Tomo VI, pp. 321-322. Sin embargo en entrevista a la persona que brindó ese testimonio, el testigo ha señalado que tal cita de la Comisión fue incorrecta.
89. Auto, p. 28.
90. Raquel Martin de Mejía v. Perú, Caso 10.970 Informe No. 5/96, Inter-Am.C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.91 Doc. 7 rev. (1996), p. 157. Disponible en: Raquel Martin de Mejía v. Perú, Caso 10.970 Informe No. 5/96, Inter-Am.C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.91 Doc. 7 at 168 (1996).
91. RODRÍGUEZ-PINZÓN, Diego y MARTIN, Claudia. Ob. cit., p. 113.

En el caso Martín de Mejía, la Comisión Inter-Americana de Derechos Humanos sostuvo que los hechos cometidos satisfacían todos los elementos requeridos para que un acto constituya tortura de conformidad con la definición contenida en la Convención Inter-Americana sobre Tortura. En primer lugar, la violación sexual causó a la víctima sufrimiento mental y físico. En segundo lugar, la violación sexual fue cometida intencionalmente para intimidar a la víctima y sancionarla por los puntos de vista políticos de su esposo. En tercer y último lugar, la violación sexual fue cometida por un miembro de las fuerzas de seguridad peruanas acompañadas por un grupo de soldados, lo cual satisfizo el requisito del elemento de la participación o aquiescencia estatal.[92] En igual sentido, la Comisión en un caso más reciente, González Pérez vs. México, concluyó que la violencia sexual contra los civiles cometidos por miembros de las fuerzas de seguridad constituyó una violación seria de los derechos protegidos de conformidad con los artículos 5 y 11 de la CADH.[93]

A nivel del sistema de protección de Naciones Unidas, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre Tortura ha establecido que la violación sexual puede ser usada como un método para sancionar, intimidar y humillar.[94] El Relator Especial de Naciones Unidas sobre Violencia contra la Mujer, ha establecido que las consecuencias de violencia sexual son devastadoras física, emocional y psicológicamente devastadoras para las víctimas mujeres.[95]

3. Concursos ideales de delitos

3.1. Crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra

Los crímenes de guerra pueden satisfacer los elementos de los crímenes de lesa humanidad y viceversa siendo, por lo tanto, que las ofensas permanecen simultáneamente aplicables, en tanto ninguno de ellos es *lex specialis* del otro. Una condena por todos los crímenes es, así, siempre requerida para cubrir adecuadamente la conducta delictiva.

El principio de la reciprocidad especial ha sido el test aplicado por el TPIY en los casos Kupreskic y Mucic. Según este principio, se tiene que establecer si cada una de las dos o más disposiciones que parecen, a primera vista, haber sido violadas requiere un elemento que la otra no. Si ambas disposiciones cubren la misma conducta, pero una de ellas requiere un elemento subjetivo u objetivo no previsto en la otra disposición, entonces aquélla se aplicará. Esta prevalencia se encuentra basada en el principio de especialidad como estableció el TPIY en el caso Kupreskic & otros[96] y Mucic & otros.[97]

En el caso de violación sexual de civiles como crimen de lesa humanidad se requiere un elemento objetivo que consiste en que el ataque tiene que ser parte de una práctica generalizada o sistemática, elemento que el crimen de guerra de violación sexual no requiere. A su vez, el crimen de guerra requiere un elemento objetivo, consistente en que la violación sexual esté conectada a un conflicto armado internacional o CANI, elemento que las disposiciones sobre crímenes de lesa humanidad no requieren.[98]

92. Raquel Martin de Mejía v. Perú, Caso 10.970 Informe No. 5/96, Inter-Am.C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.91 Doc. 7 rev. (1996), pp. 185-187.
93. Ana Beatriz and Celia González Pérez vs. México, caso 11.565, Informe No. 53/01, Inter-Am. C.H.R., Informe Anual 2000, OEA/Ser.L/V/II.111 Doc. 20 rev. (2000), párrafos 39-40.
94. Informe sobre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, U.N. Doc. E/CN/471986/15, Naciones Unidas, 19 de febrero de 1986, párrafos 119 y 431.
95. COOMARAWAMY, Radhika, Informe del Relator Especial sobre Violencia contra la Mujer, Sus Cusas y Consecuencias, U.N. Doc. E/CN.4/1998/54, Naciones Unidas, 26 de enero de 1998, párrafos 13-14.
96. Fiscal vs. Kupreskic, caso nº IT-95-16-T, sentencia de 14 de enero de 2001, párrafos 637 y siguientes.
97. Fiscal vs. Mucic y otros (caso Celebici), caso nº IT-96-21-T, sentencia de 20 de febrero de 2001, párrafos 683 y 684.
98. Véase CASSESE, Antonio. International Criminal Law. 2ª edición. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 181.

3.2. Violación sexual y tortura

La pregunta a responder es si la calificación de la violación sexual como tortura originaría que la primera quede subsumida dentro de la segunda o, en todo caso, que al momento de determinar la responsabilidad penal individual se acumulen tanto la violación sexual y la tortura. A continuación haremos una revisión de algunas de las sentencias de los tribunales penales internacionales que trataron el tema bajo análisis.

La sentencia de juicio del caso Mucic y otros, en su sección III, desarrolla una descripción de los elementos de cada una de las ofensas imputadas en la Acusación, entre otras, tortura. La Sala de Juicio consideró de manera expresa que, sin lugar a dudas, los actos de violación sexual pueden constituir tortura bajo el Derecho internacional consuetudinario. Al momento de determinar la responsabilidad penal individual, sobre la base de los respectivos cargos, la Sala de Juicio condenó al acusado Delic por infracción grave del IV Convenio de Ginebra, considerando a la violación sexual como tortura; y también calificó la conducta de Delic como violación de las leyes o usos de la guerra aunque nuevamente se refirió a la violación sexual como tortura. La Sala de Apelaciones, en este caso, siguió la misma orientación de subsumir a la violación sexual dentro de la tortura, al calificar a la primera como una modalidad de la segunda.[99]

En el caso Furundzija, el TPIY en Sentencia de Juicio confirmada por la Sentencia de Apelaciones, encontró al acusado responsable, a la vez, de los cargos de tortura y de ataques a la dignidad personal, cargo que incluyó a la violación sexual. Furundzija fue, por lo tanto, condenado a 10 años en el caso de tortura y a 8 años en el caso de ataques a la dignidad personal, incluyendo violación sexual, los cuales fueron servidos concurrentemente *inter se*.

En el caso Kunarac, el TPIY hizo el más detallado análisis sobre el concurso entre tortura y violación sexual. La Sala de Juicio sostuvo lo siguiente:

> Siguiendo la aproximación adoptada por la Sala de Apelaciones en el caso Delalic [caso Mucic], las condenas por violación sexual y tortura ya sean bajo el artículo 3 o el artículo 5 basadas en la misma conducta serían permisibles. Comparando los elementos de violación sexual y tortura bajo el artículo 3 o el artículo 5, un elemento materialmente distinto de la violación sexual *vis-à-vis* tortura es el elemento de penetración sexual. Un elemento materialmente distinto de tortura *vis-à-vis* violación sexual es la severa imposición de dolor o sufrimiento con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquiera tipo de discriminación.[100]

La Sala de Apelaciones, en el mismo caso, al pronunciarse sobre los argumentos de la defensa apuntó lo siguiente:

> 179. La Sala de Apelaciones ahora considerará los alegatos del apelante respecto a condenas intra-artículos. Los apelantes sostienen que la Sala de Juicio erró hacer condenas tanto por tortura en virtud del artículo 5(g) del Estatuto sobre el fundamento de que ni el derecho ni los hechos pueden ser razonablemente interpretados para establecer crímenes distintos. La Sala de Juicio encontró que tanto los crímenes de violación sexual como de tortura contienen un elemento material distinto no contenido en el otro, haciendo las condenas bajo ambos crímenes permisibles. Como su anterior discusión de las ofensas de violación sexual y tortura deja claro, la Sala de Apelaciones está de acuerdo. El problema de la acumulación de condenas gira sobre las definiciones de distintas ofensas bajo el Estatuto las cuales son ampliadas en la jurisprudencia del Tribunal. Que la tortura y la violación sexual contienen cada una un elemento materialmente distinto no contenido por la otra

99. Con la salvedad de que la Sala de Apelaciones desestimó la condena en lo relativo a las violaciones de las leyes o prácticas de la guerra.
100. Fiscal vs. Kunarac y otros, caso nº IT-96-23 & IT-96-23/1-T, sentencia de 22 de febrero de 2001, párrafo 557.

> decide este campo de apelación. Es decir que un elemento del crimen de violación sexual es la penetración, mientras un elemento del crimen de tortura es un propósito prohibido, siendo que un elemento de un crimen no es encontrado en el otro crimen.
>
> 180. Sin embargo, la Sala de Apelaciones está obligada a afirmar que cada condena encaja en el crimen sobre los hechos del caso como fue encontrado por la Sala de Juicio. Los Apelantes sostienen que su objeto fue la satisfacción sexual, no causar dolor u cualquier otro propósito prohibido como es definido en la ofensa de tortura. Como ha sido discutido, la Sala de Apelaciones no está de acuerdo con la limitada visión de los Apelantes del crimen de tortura. Ha rechazado el argumento de que una de las especies de la intención específica es requerida.[101]

A efectos de que la violación sexual puede ser categorizada como tortura, la Sala establece que se requiere que tanto los elementos de violación sexual como los elementos de tortura estén presentes. La Sala de Apelaciones adicionalmente confirmó lo concluido por la Sala de Juicio en el caso Celebici respecto a la consideración de que la violación sexual involucra infligir un sufrimiento a un nivel requerido para colocarle en la categoría de tortura.[102]

Sobre la base de lo anteriormente planteado, la Sala de Apelaciones encontró los alegatos del demandante extremadamente no persuasivos toda vez que:

> […] El sufrimiento físico, miedo, angustia, incertidumbre y humillación a los cuales el Apelante repetidamente sometió a sus víctimas elevan sus actos a esos de tortura. Esos actos no fueron instancias aisladas. Además, la deliberada y coordinada comisión de violaciones sexuales fue llevada a cabo con sorprendente impunidad por un largo período de tiempo. Tampoco la edad de las víctimas proporciona alguna protección de tales actos. (De hecho, la Sala de Juicio consideró la edad de varias de las víctimas como factores agravantes). Sea perturbadas de su descanso para soportar el nefasto ritual nocturno de selección o sometidas a la parodia despiadada del procesamiento de los cuarteles, las víctimas soportaron repetidas violaciones sexuales, implicando no sólo la ofensa de violación sexual sino también de tortura en virtud del artículo 5 del Estatuto. En las circunstancias egregias de este caso, la Sala de Apelaciones encuentra que todos los elementos de violación sexual y tortura han sido reunidos.[103]

En el caso Kvocka, una Sala de Juicio del TPIY, en línea de la jurisprudencia anterior, señaló que mientras la ofensa de violación sexual requiere penetración sexual, la ofensa de tortura requiere infligir un sufrimiento severo o sufrimiento debido a un propósito prohibido. La Sala suscribe la conclusión en el caso Kunarac por la cual las condenas por ambos crímenes son permitidas si los requisitos de cada uno se encuentran presentes.[104] En esta sentencia, el TPIY también agregó que si el mismo acto califica como violación sexual, tortura y persecución, la Sala de Juicio sólo puede condenar por tortura y violación sexual como violaciones de las leyes o costumbres de la guerra[105] y persecución como un crimen lesa humanidad.[106] Es decir que el crimen de lesa humanidad de persecución subsume al crimen de lesa humanidad de tortura y al crimen de lesa humanidad de violación sexual, en tanto el crimen de lesa humanidad de persecución requiere un elemento, la intención discriminatoria, que lo distingue *vis-à-vis* del crimen de tortura como también de los elementos de la violación sexual. En consecuencia, en casos donde el mismo acto califica como crimen de lesa humanidad de persecución, violación sexual y tortura -bajo el artículo 5 del Estatuto del TPIY- sólo se puede condenar al acusado por persecución.[107]

101. Fiscal vs. Kunarac y otros, caso nº IT-96-23 & IT-96-23/1-A, sentencia de 12 de junio de 2002, párrafos 179 y 180.
102. Fiscal vs. Kunarac y otros, caso nº IT-96-23 & IT-96-23/1-A, sentencia de 12 de junio de 2002, párrafo 182.
103. Fiscal vs. Kunarac y otros, caso nº IT-96-23 & IT-96-23/1-A, sentencia de 12 de junio de 2002, párrafo 185.
104. Fiscal vs. Kvocka y otros, caso nº IT-98-30/1-T, sentencia de 2 de noviembre de 2001, párrafo 233.
105. Estatuto del TPIY, artículo 3.1.a y 3.1.c de los Convenios de Ginebra
106. Estatuto del TPIY, artículo 5(h)
107. Fiscal vs. Kvocka y otros, caso nº IT-98-30/1-T, sentencia de 2 de noviembre de 2001, párrafo 234.

De otra parte, en confirmación de cargos en el caso Bemba Gombo, la CPI en aplicación de las normas convencionales ya detalladas, ha considerado que en el caso en concreto:

> […] los elementos materiales específicos del acto de tortura, a saber graves dolores y sufrimientos y control del perpetrador sobre la persona, son también los elementos materiales específicos del acto de violación sexual. Sin embargo, el acto de violación sexual requiere el elemento material específico adicional de la penetración, acto que es la caracterización legal más apropiada en este caso particular.
>
> […] La Sala por lo tanto considera que el acto de tortura se encuentra completamente subsumido por el cargo de violación sexual.[108]

La Sala de Cuestiones Preliminares II de la CPI hizo este análisis en relación a los cargos presentados por el Fiscal de la CPI, el cual calificó jurídicamente los mismos hechos por medio de sendos cargos de tortura y violación sexual como crímenes de lesa humanidad. La Sala, por lo tanto, rechazó un concurso ideal o acumulación al considerar la subsunción antes precisada.

Podemos agregar que toda vez que el ECPI y el texto de los ECECPI no incluyen la existencia de una finalidad como elemento del crimen de lesa humanidad de tortura, a diferencia de la jurisprudencia del TPIY y del TPIR, no se aplicaría una reciprocidad especial en el caso del Estatuto de la CPI cuando estemos en el supuesto de crimen de lesa humanidad de tortura vis-à-vis crimen de lesa humanidad de violación sexual. Diferente es el supuesto del crimen de guerra de tortura vis-à-vis el crimen de guerra de violación sexual en tanto el crimen de guerra de tortura sí incluye como elemento una finalidad según fraseo del ECPI y del texto de los ECEPCI.

En resumen, los desarrollos jurisprudenciales antes detallados podrían ser sintetizados de la siguiente manera:

Caso	Concurso ideal violación sexual y tortura	Violación sexual subsumida dentro de tortura	Tortura subsumida dentro de violación sexual
Furundzija	X		
Mucic (Celebici)		X	
Kunarac	X		
Kvocka	X		
Ayakesu	X		
Bemba Gombo			X

4. Modalidades de responsabilidad

En los puntos resolutivos del auto, se ha establecido como presuntos autores de la comisión del delito contra las buenas costumbres, la libertad y el honor sexual, a: 1) Rufino Donato Rivera Quispe; 2) Vicente Yance Collahuaco; 3) Epifanio Delfin Quiñones Loyola; 4) Amador Gutiérrez Lisarbe; 4) Amador Gutierrez Lizarbe; 5) Julio Julián Meza García y 6) Sabino Rodrigo Valentín Rutti. También se califica como autores del delito contra la libertad, violación de la libertad sexual a: 1) Pedro Chanel Pérez-López y 2) Martín Sierra Gabriel.[109]

Respecto a los individuos señalados, se ha sostenido que en su condición de miembros de las bases militares contraguerrillas establecidas en Manta y Vilca fueron los presuntos autores directos de, entre otras violaciones de derechos humanos, violaciones sexuales ocurridas en los distritos de Manta y Vilca.[110]

108. Fiscal vs. Bemba Gombo, caso ICC-01/05-01/08, decisión de acuerdo al artículo 61(7)(a) y (b) del Estatuto de Roma sobre los Cargos del Fiscal contra Jean-Pierre Bemba Gombo, párrafos 204 y 205.
109. Auto, p. 26.
110. Auto, pp. 3-5.

Por otro lado, se ha establecido como presuntos cómplices del delito contra las buenas costumbres, la libertad y el honor sexual a: 1) Félix Adolfo Unda Rojas y 2) Raúl Ángel Pinto Ramos.[111]

En relación a los señores Munda y Pinto, tenemos que mientras el primero fue Jefe del Batallón 48 desde enero de 1984 hasta diciembre de 1984, el segundo fue Jefe del Batallón 48 desde enero de 1985 hasta el 31 de diciembre de 1985.[112] En el Auto se ha imputado responsabilidad a los señores Munda y Pinto no sobre la base de responsabilidad del superior por comisión, es decir por la dación de órdenes de cometer entre otros, violaciones sexuales en un contexto generalizado o sistemático; sino, en buena cuenta, por responsabilidad del superior por omisión. Ello se traduce, a nivel de consecuencias prácticas, que los señores Munda y Pinto son considerados presuntos cómplices -accesorios a los crímenes cometidos- y no como autores (mediatos) –principales en los crímenes cometidos-. A continuación se analizará como se ha dado el tratamiento de la responsabilidad del superior por omisión a la luz del DPI.

4.1. Responsabilidad del superior por omisión

El TPIY en el seminal caso Celebici señaló que hay dos formas de responsabilidad del superior jerárquico. La primera, se genera por los actos de los subordinados como consecuencia de acciones positivas del superior -caso de una orden- y se configura como responsabilidad directa.[113] La segunda, que es la responsabilidad del superior en sentido estricto o responsabilidad indirecta se deriva de omisiones culpables, al no haber adoptado las medidas necesarias a fin de impedir las violaciones por parte de sus subordinados, como se ha precisado y detallado en los casos Halilovic, Hadzihasanovic y Oric del TPIY.[114] Frente al mismo hecho y al mismo cargo no se pueden alegar a la vez responsabilidad directa del superior y responsabilidad del superior en sentido estricto.[115] La responsabilidad del superior alude a una responsabilidad imputada -debido a una negligencia- y no a una responsabilidad vicaria, toda vez que un superior no es responsable automáticamente sólo porque cuenta con autoridad. Entonces, cuando nos referimos a la responsabilidad del superior *sensu stricto* aludimos a una omisión no a una acción.[116] Regulaciones expresas de responsabilidad del superior, la cual fue por primera vez reconocida en el caso Yamashita,[117] se encuentran en el PA I,[118] en el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad,[119] los estatutos del TPIY,[120] TPIR, Corte Especial para Sierra Leona, regulación especial para Timor Oriental, la *Law on the Khmer Rouge Trial* de Camboya[121] así como el Estatuto de la CPI.[122]

111. Auto p. 27.

112. Auto página 5.

113. Fiscal vs. Mucic y otros (Celebici case), caso n.° IT-96-21-T, sentencia de 16 de noviembre de 1998, parágrafo 334.

114. Fiscal vs. Halilovic, caso n.° IT-01-48-T, sentencia de 16 de noviembre de 2005, parágrafo 28; Fiscal vs. Hadzihasanovic et Kubura, caso n.° IT-01-47-T, sentencia de 15 de marzo de 2006, parágrafos 125 y ss.; Fiscal vs. Oric, caso n.° IT-03-68-T, sentencia de 30 de junio de 2006, parágrafos 328 y ss.

115. Fiscal vs. Blaskic, caso n.° IT-95-14-A, sentencia de 29 de julio de 2004, parágrafo 91.

116. BANTEKAS, Ilias. "The contemporary law of superior responsibility". En: American Journal of International Law, vol. 93, n.º 2, 1999, p. 575.

117. Corte Suprema de los Estados Unidos. Caso Yamashita, decisión de 4 de febrero de 1946, p. 14.

118. PA I, artículos 86 y 87.

119. Comisión de Derecho International. Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1996, artículo 6.

120. Estatuto del TPIY, artículo 7.3. El hecho de que cualquiera de los actos contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado, no libera a su superior de su responsabilidad penal si sabía o tenía razones para saber que el subordinado, se aprestaba a cometer ese acto o ya lo hizo, y que el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto fuera cometido, o para castigar a los autores.

121. El contenido de la norma precitada se repite en los Estatutos del TPIR y de la Corte Especial para Sierra Leona, en sus respectivos artículos 6.3; así como en la UNTAET Regulation No. 2000/15 para Timor Oriental, sección 16 y en el Law on the Khmer Rouge Trial de 2001, artículo 29.

122. ECPI, artículo 28.

4.2. Elementos de la responsabilidad del superior por omisión

Para que se configure la responsabilidad del superior en sentido estricto, la cual es propiamente responsabilidad del superior, se requiere que: i) el acusado se halle implicado en una relación superior-subordinado[123]ii) el superior supiera, o tuviera razones para saber que el subordinado se disponía a cometer un crimen o ya lo hizo;[124] y iii) a pesar de ello, no haya adoptado las medidas necesarias y adecuadas para impedir tales actos o sancionar a los culpables.[125]

4.2.1. La existencia de una relación entre superior y subordinado

El medio más evidente para la determinación de la relación de subordinación es a través de un mando *de iure*, aunque tal relación no puede ser determinada exclusivamente por esa vía, puesto que también existe el mando de facto.[126] El mando *de iure* puede ser determinado por referencia a la posición del acusado en la organización total, con miras a determinar su función institucional.[127] En esta dirección, las estructuras ejecutivas formales, como entidades estatales, confieren tal autoridad a través de actos legislativos. No obstante, el mando *de iure* no es la mejor vía para determinar la relación de subordinación, debido a que, puede presentarse ya sea la ausencia u oscuridad de la legislación respectiva o la falta de equivalencia entre la norma y el ejercicio presente y real de la autoridad.

En tal sentido, resulta necesario tener en cuenta los conceptos de mando de facto y el concepto de control. En efecto, la irrelevancia del rango para la atribución de la responsabilidad del superior, indica que el Derecho internacional y el Derecho internacional humanitario en particular, consideran que se debe apreciar el control efectivo antes que basarse en una mera formalidad. Así el artículo 87 del PA I, extiende las obligaciones legales de los comandantes, además de las tropas bajo su mando, a otras personas bajo su control. La evidencia del mando de facto requiere de una prueba de la existencia de la relación superior-subordinado. El control necesita ser efectivo. Una relación de superior-subordinado requiere, por lo tanto una cadena de mando.[128] Entonces, toda vez que una cadena de mando es requisito para la existencia de una relación superior-subordinado, tal relación no puede existir sin la presencia de los correspondientes subordinados.[129] A su vez, la capacidad de expedir órdenes es una clara indicación de alguna autoridad.[130]

En torno al tratamiento de la responsabilidad del superior, por crímenes de guerra, regulada en el artículo 28 del Estatuto de la CPI, debemos hacer dos precisiones. La primera, consiste en determinar si existe una auténtica diferencia entre los conceptos de "mando y control" (artículo 28.a) y "autoridad y control" (artículo 28.b). Este asunto es sólo relevante respecto a los superiores militares, toda vez que en este supuesto ambos conceptos resultan aplicables. En tanto las dos combinaciones contienen el término control se desprende que este es un término comprehensivo que abarca tanto al mando -sentido material- como a la autoridad -sentido formal. La propia CPI en decisión de confirmación de cargos en el caso Bemba Gombo, al analizar el artículo 28.a, ha precisado que:

> 413. [...] la expresión "autoridad efectiva" se puede referir a la modalidad, manera o naturaleza, según la cual, un jefe militar o un jefe en una jerarquía de tipo militar ejerce control sobre sus fuerzas o subordinados
>
> […]
>
> 415. El concepto de "control efectivo" es principalmente percibido como "la habilidad material [o poder] para prevenir y sancionar" la comisión de ofensas, y, como tal, el incumplimiento de ejercer tales habilidades de control origina responsabilidad penal si se

123. Fiscal vs. Mucic y otros (Celebici case), caso n.° IT-96-21-T, sentencia de 16 de noviembre de 1998, parágrafos 354, 370.
124. Ibid., parágrafos 383 y ss.
125. Ibid., parágrafos 395 y ss.; 773-774.
126. *Ibid*., parágrafo 354.
127. Fiscal vs. Akayesu, caso n.° ICTR-96-4-T, sentencia de 2 de septiembre de 1998, parágrafos 61 y ss.
128. Fiscal vs. Aleksovski, caso n.° IT-95-14/1-T, sentencia de 25 de junio de 1999, parágrafo 78.
129. Fiscal vs. Mucic y otros (Celebici case), caso n.° IT-96-21-T, sentencia de 16 de noviembre de 1998, parágrafo 647.
130. BANTEKAS, Ilias. Ob. cit., p. 582.

> dan los otros requisitos. En el contexto del artículo 28(a) del Estatuto, "control efectivo" también se refiere a la habilidad material de prevenir o reprimir la comisión de los crímenes o remitir la materia a las autoridad competentes.[131]

Por lo tanto, un superior con mando y autoridad, normalmente controla a sus fuerzas o subordinados y cuenta con capacidad de expedir órdenes. En el caso en que las funciones militares estén divididas, se espera que el comandante adopte las medidas que estén físicamente a su alcance para impedir la comisión de los crímenes de Derecho internacional por parte de sus subordinados. Como segunda observación, debemos precisar que el requisito señalado en el parágrafo b. ii) del artículo 28 del Estatuto de la CPI, implica que el requisito de control efectivo es particularmente importante con respecto a los superiores no militares. Es decir que la doctrina de la responsabilidad del superior se extiende a civiles pero únicamente a aquéllos que "ejercen un grado de control sobre sus subordinados el cual es similar al control ejercido por comandantes militares".[132]

En el caso Manta y Vilca, tenemos que el señor Félix Unda se desempeñó como General de Brigada del Ejército Peruano y trabajó como Jefe de Batallón en la Base Militar de Pampas desde enero de 1984 hasta diciembre de 1984. Asimismo, como el propio señor Unda sostiene su función transcendía la supervisión militar del batallón a su cargo, teniendo responsabilidad por todo lo que se hacía y se dejaba de hacer en las treces bases militares que estaban a su cargo, las cuales incluían las bases militares de Manta y Vilca.[133] Con respecto al señor Raúl Pinto, tenemos que se desempeñó como Coronel del Ejército Peruano, siendo que relevó al señor Unda en el cargo de Jefe del Batallón de Pampas y, por lo tanto, sobre las bases militares de Manta y Vilca. El señor Pinto fue jefe del Batallón No. 43 y sus funciones eran: i) la administración de dicha unidad, teniendo a su cargo las bases militares de Manta y Vilca; y ii) la designación de los jefes de las bases militares. Se desempeñó en tal cargo entre el 1 de enero de 1985 y el 31 de diciembre de 1985.[134]

De conformidad con lo explicado se puede concluir que los señores Unda y Pinto fueron: i) superiores *de jure* en relación a los soldados que presuntamente cometieron –en calidad de autores directos- las violaciones sexuales y otros crímenes en los distritos de Manta y Vilca; y ii) tenían no sólo autoridad -aspecto formal- sino también mando -aspecto material- con respecto a los subordinados.

4.2.2. Que el superior supiera o tuviera razones para saber

Es claro que un superior no debe permanecer en la ignorancia deliberada frente a las acciones de sus subordinados. Sin embargo, tal claridad disminuye cuando se trata de determinar el alcance de la obligación del superior de conocer y el grado de especificidad, en manos del superior, que lo obligue a adelantar la investigación. Concretamente, respecto a la regulación contenida en el Estatuto de la CPI, debemos señalar que, el criterio "hubiere debido saber" (aplicable a superiores militares) acoge la fórmula que, de manera infructuosa, el Comité Internacional de la Cruz Roja[135] trató de introducir durante las negociaciones del PA I. Dicho criterio tiene también como base las fórmulas "información que les permitiera concluir" del artículo 86.2 del PA I y "tener razones para saber" de los Estatutos del TPIY y del TPIR. En lo concerniente a la fórmula "tener razones para saber" de los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* no existe una diferencia fundamental comparada con la expresión "información que les permitiera concluir" del PA I.

131. Fiscal vs. Bemba Gombo, caso ICC-01/05-01/08, decisión de acuerdo al artículo 61(7)(a) y (b) del Estatuto de Roma sobre los Cargos del Fiscal contra Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 de junio de 2009, párrafos 413 y 415. La propia CPI ha indicado que se pueden considerar, entre otros, los siguientes factores que indican la posición de un superior de autoridad y control efectivo: i) la posición oficial del sospechoso; ii) su poder para dar órdenes; iii) la capacidad para asegurar el cumplimiento con las órdenes expedidas; iv) su posición dentro de la estructura militar; v) la capacidad de ordenar a las fuerzas o unidades bajo su comando; vi) la capacidad de reordenar unidades o hacer cambios a la estructura de mando; vii) el poder de promover, reemplazar, remover o disciplinar algún miembro de las fuerzas y; viii) la autoridad para enviar fuerzas donde las hostilidades tienen lugar y retirarlos en cualquier momento. Ibid., párrafo 417.

132. Fiscal vs. Mucic y otros (Celebici case), caso n.° IT-96-21-T, sentencia de 16 de noviembre de 1998, parágrafo 378.

133. Auto, página 20.

134. Auto, página 21.

135. Véase SANDOZ, Yves y otros (eds.). Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de víctimas de los conflictos armados internacionales. Protocolo I. Tomo I. Ginebra / Santa Fe de Bogotá: CICR / Plaza & Jánes, 2000, p. 1012.

El estándar de "tener razones para saber" significa que los superiores que están en posesión de la suficiente información para darse cuenta de los crímenes de guerra de sus subordinados, no pueden escapar de su responsabilidad a través de la declaración de su ignorancia. Este estándar crea una negligencia objetiva la cual considera plenamente las circunstancias presentes al tiempo de cometerse las acciones. Como consecuencia, la ausencia de conocimiento no sería una defensa si el superior no toma los pasos razonables para adquirir tal conocimiento,[136] lo cual es en sí mismo criminalmente negligente.[137] La similitud de las dos formulaciones antes señaladas radica en que, la expresión "tener razones para saber" se basa en una propuesta americana -basada a su vez en el PA I- por la cual se aludía al conocimiento posible a través de informes a la persona del acusado o por otros medios.[138] Toda vez que la frase "hubiere debido saber" del Estatuto de la CPI retoma la propuesta americana, se puede afirmar que ambas fórmulas no son sustancialmente diferentes.[139]

Finalmente, consideramos que el estándar "deliberadamente hubiere hecho caso omiso" contenido en el Estatuto de la CPI y aplicable sólo a superiores no militares originaría una mayor dificultad de sancionar a éstos respecto a superiores militares por la ausencia de supervisión. En tal sentido, el Estatuto de la CPI contempla que la responsabilidad del superior militar atañe no sólo a la posibilidad de conocimiento sino también al simple deber de conocer; mientras que en el caso del superior civil se alude a una imprudencia consciente más que a la simple imprudencia.[140] En efecto, basta comparar el artículo 28.1.a) relativo a superiores militares ("hubiere sabido, o en razón de las circunstancias del momento hubiere debido saber…") con el artículo 28.2.a) relativo a superiores no militares ("hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase…"). Como consecuencia de ello será más difícil sancionar penalmente a superiores no militares que a superiores militares por la ausencia de supervisión.[141]

La CPI, en la decisión de confirmación de cargos en el caso Bemba Gombo, ha precisado que la expresión "hubiere sabido" requiere la existencia de un conocimiento real,[142] el cual puede estar indicado por factores tales como: el número de actos ilícitos, su alcance, si su ocurrencia es generalizada, el tiempo durante el cual tales actos se dieron, el tipo y el número de fuerzas involucradas, los medios de comunicación disponibles, el *modus operandi* de actos similares, el alcance y la naturaleza de la posición del superior y la responsabilidad en la estructura jerárquica, la ubicación del jefe o superior en el tiempo y el lugar de comisión de los actos.[143] Respecto a la expresión "hubiere debido saber" el estándar requerido por la CPI es una mera negligencia de parte del superior militar (o de tipo militar) en procurarse conocimiento sobre la conducta ilegal de sus subordinados. La CPI agrega que este estándar requiere un deber activo de parte del superior militar (o de tipo militar) para tomar las medidas necesarias de adquirir tal conocimiento e investigar con independencia de la disponibilidad de información al momento en el que se comete los crímenes. Este estándar, como ya señalamos y la propia CPI recuerda, es más exigente que el estándar exigido para los superiores bajo el artículo 28.b) -jerarquías que no son de naturaleza miliar- lo cual se encuentra justificado por la clase y naturaleza de responsabilidad asignados a esta categoría de superiores.[144]

Siguiendo los estándares del artículo 28.a) del Estatuto de la CPI, en el caso concreto, podemos concluir que los señores Unda y Pinto hubieren sabido o, en razón de las circunstancias hubieren debido saber que las fuerzas bajo su subordinación estaban cometiendo violaciones sexuales o se proponían a

136 Fiscal vs. Mucic y otros (Celebici case), caso n.° IT-96-21-T, sentencia de 16 de noviembre de 1998, parágrafo 388.

137 BANTEKAS, Ilias. Ob. cit., p. 590.

138 Véase SANDOZ, Yves y otros (eds.). Ob. cit., p. 1012.

139 AMBOS, Kai. "Superior Responsibility". En: CASSESE, Antonio; GAETA, Paola y JONES, Jhon (eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary. Vol. I. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 866.

140 Véase AMBOS, Kai. El Nuevo Derecho Penal Internacional. Lima: ARA Editores, 2004, p. 227.

141 El TPIR siguió esta distinción entre los comandantes militares y otros superiores en el asunto Kayishema y Ruzindana, para lo cual citó el ECPI. Fiscal vs. Kayishema y Ruzindana, caso n.º ICTR-95-1-T, sentencia de 21 de mayo de 1999, párrafos 209 y ss.

142 Fiscal vs. Bemba Gombo, caso ICC-01/05-01/08, 15 de junio de 2009, decisión de acuerdo al artículo 61(7)(a) y (b) del Estatuto de Roma sobre los Cargos del Fiscal contra Jean-Pierre Bemba Gombo, párrafo 429.

143 Ibid., párrafo 430.

144 Ibid., párrafo 433.

cometerlas. La anterior presunción se puede desprender de: i) lo prolongado en el ejercicio de sus funciones (un año cada uno), tiempo que puede considerarse como suficientemente razonable para hacer las respectivas indagaciones y; ii) la frecuencia en la cual se cometieron las violaciones durante esos dos años, frecuencia que fue reportada a través de artículos periodísticos que daban cuenta de que, durante el estado de emergencia establecido, se estaban cometiendo una serie de violaciones de derechos humanos, incluyendo la presunta comisión de violaciones sexuales por parte del personal militar de Huancavelica.[145]

En ese sentido, la imputación por el fiscal en contra de los dos cómplices se frasea de la siguiente forma: "Se le imputa ser cómplice de la comisión del delito de violación sexual, teniendo conocimiento de los hechos presuntamente efectuados por el enunciado".[146]

Sólo como comentario adicional final a este punto, debemos volver a mencionar que el Estatuto de la CPI introduce un estándar diferenciado de responsabilidad del superior por omisión con respecto a superiores en jerarquía de tipo militar en relación con superiores en jerarquía de tipo civil, siendo que en el primer caso debido a la naturaleza y dinámica de la jerarquía militar se exige mayores deberes de supervisión a los militares. En buena cuenta, el estándar del elemento mental establecido equivaldría a negligencia inconsciente, a diferencia del caso de los superiores no militares en la que estaríamos en un caso de negligencia consciente.[147] Es decir, como apunta Werle, se exige un grado especial de imprudencia,[148] a diferencia de los superiores militares sobre los que lo decisivo es si el superior hubiera tenido conocimiento de la comisión delictiva del subordinado en caso de haber ejercitado correctamente sus deberes.[149]

4.2.3. Que el superior no haya tomado las medidas necesarias y razonables para impedir o reprimir la infracción

El superior debe tomar las medidas factibles, necesarias o razonables, esperándose que tales medidas se encuentren dentro del alcance del superior, comprendidas dentro de su mando y control, es decir dentro de su posibilidad material como se señaló en el caso Celebici.[150] La primera dimensión implica el deber de prevenir la comisión de crímenes de guerra por parte de sus subordinados.[151] Entonces, tal deber comienza en relación a la preparación o planeamiento de tales acciones por los subordinados.[152] En general, los superiores pueden descargar su responsabilidad respecto al deber de prevención si ellos emplean todos los medios a su alcance para cumplir con esa obligación.[153]

La segunda dimensión es el deber de sancionar. Este deber se produce después de la comisión de un crimen. La sanción busca evitar la comisión de futuros crímenes. El deber de sancionar no requiere la presencia de una preexistente relación superior-subordinado en relación a los que cometen los crímenes de guerra. Por lo tanto, las personas que asumieron el mando después de la realización de crímenes tienen el deber de investigar y sancionar a los perpetradores, como se estableció en el caso Hadzihasanovic ante el TPIY.[154] Cuando los superiores son físicamente incapaces de perseguir, arrestar, encarcelar o de cualquier otra forma disciplinar a un subordinado, ellos deben tratar de descubrir si el crimen fue perpetrado. Entonces, una vez que el crimen es descubierto, el superior debe referir el caso al fiscal, autoridad judicial u

145. Auto, p. 10.
146. Auto, pp. 8 y ss.
147. ARNOLD, Roberta. "Responsibility of commanders and other superiors" En: TRIFFTERER, Otto (ed.). Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observer's notes, article by article. Manchen/Portland/Baden-Baden: Beck/Hart/Nomos, 2008, p. 837.
148. WERLE, Gerhard. Tratado de Derecho Penal Internacional. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 232.
149. Ibid., Loc. Cit. Sin embargo, no solamente que pudiera haber tenido conocimiento. Véanse Fiscal vs. Mucic y otros (Celebici case), caso n.° IT-96-21-T, sentencia de 16 de noviembre de 1998, parágrafos 388 y siguientes; Fiscal vs. Bagilishema, caso nº ICTR-95-1, sentencia de 3 de julio de 2002, párrafo 35.
150. Fiscal vs. Mucic y otros (Celebici case), caso n.° IT-96-21-T, sentencia de 16 de noviembre de 1998, parágrafo 395.
151. Véanse, entre otros, el artículo 86.2 del PA I y los artículos 7.3 y 6.3 del Estatuto del TPIY y del TPIR, respectivamente.
152. BANTEKAS, Ilias. Ob. cit., p. 591.
153. Ibid., Loc. cit.
154. Véase Fiscal vs. Hadzihasanovic et Kubura, caso n.° IT-01-47-T, sentencia de 15 de marzo de 2006, parágrafos 179-185.

otra competente. Junto a los términos impedir y reprimir[155] así como suprimir y denunciar,[156] empleados en diversas codificaciones, la fórmula "poner en conocimiento de las autoridades competentes", utilizada en el Estatuto de la CPI, es novedosa aunque en esencia corresponde al antiguo deber de informar. No obstante, llena un vacío respecto a obligaciones específicas para los superiores que carezcan de poder disciplinario o de facultades para reprimir un crimen.[157] Tal disposición se extiende a los superiores no militares.

En el caso concreto, de probarse la comisión de las violaciones sexuales, es claro que los señores Unda y Pinto no adoptaron las medidas necesarias para prevenir las violaciones sexuales ni tampoco, a pesar de ciertos indicios, no iniciaron investigaciones ni menos remitieron los presuntos casos de violaciones sexuales a las autoridades competentes. Por lo tanto, habrían incumplido tanto su deber de prevención como su deber de sanción.

5. Imprescriptibilidad de las acciones penales

5.1. Tratamiento en las fuentes de Derecho penal internacional y Derecho penal comparado

Uno de los efectos de la calificación de ciertas conductas, en este caso violación sexual y otras formas de violencia sexual, como crímenes de guerra y/o como crímenes de lesa humanidad es la imprescriptibilidad. En tal sentido, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad es un buen ejemplo en este punto. En esta Convención, se precisa que "en ninguna de las declaraciones solemnes, o convenciones relativas al enjuiciamiento y sanción de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad se ha previsto limitación en el tiempo".[158] El artículo IV de este instrumento internacional establece de manera expresa que:

> Los Estados Partes en la presente Convención se comprometen a adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueren necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes mencionados en los artículos I y II de la presente Convención y, en caso de que exista, sea abolida.

En el Estatuto de la CPI se recoge y actualiza tal característica al señalarse que: "Los crímenes [léanse crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra] de la competencia de la Corte no prescribirán".[159]

Siendo que el Estado peruano se encuentra obligado por ambos instrumentos internacionales, en su condición como Estado parte,[160] el análisis que se hace sobre la imprescriptibilidad de la acción penal en el Auto sobre la base de la Convención sobre Imprescriptibilidad y la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Kolk y Kislyiy[161] es acertado. En efecto, en el auto se señala que:

> Con respecto a la vigencia de la acción penal, debe tenerse en cuenta, que conforme a la descripción del contexto social y político dentro del cual se habrían producido las violaciones sexuales que se dan cuenta, éstas constituirían delitos de Lesa Humanidad, conforme a la descripción que la comunidad internacional viene dando a este tipo de delitos y que en ese ámbito se ha venido construyendo; así, por ejemplo, el Estatuto de Nuremberg aportó la primer enunciación de los elementos, como ya se dijo, que la tipificación de dichos delitos se encuentran en permanente evolución jurisprudencial […][162].

155. PA I, artículo 86.2 y 87.3
156. PA I, artículo 87.1.
157. AMBOS, Kai. "Superior...", p. 862.
158. Convención de la ONU sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 26 de noviembre de 1968, preámbulo, tercer párrafo.
159. ECPI, artículo 29.
160. Entradas en vigor para el Perú: el 9 de noviembre de 2003 y el 1 de julio de 2002 respectivamente.
161. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Kolk y Kislyiy vs. Estonia, Applications N° 23052/04 y N° 24018/04, sentencia de 17 de enero de 2006.
162. Auto, páginas 22-24.

Además en el caso Barrios Altos, como se menciona en el propio auto, se estableció que:

> Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las *disposiciones de prescripción* y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos [énfasis nuestro].[163]

La Corte IDH en el caso del Penal Castro Castro vs. Perú, con respecto a los crímenes de lesa humanidad –y ello también es aplicable a crímenes de guerra- debido a la naturaleza de norma imperativa de derecho internacional general o *ius cogens* que tiene la prohibición de estos crímenes, concluyó que el Estado (peruano):

> […] tiene el deber de no dejar impunes estos delitos y para ello debe utilizar los medios, instrumentos y mecanismos nacionales e internacionales para la persecución efectiva de tales conductas y la sanción de sus autores, con el fin de prevenirlas y evitar que queden en la impunidad.[164]

Respecto al –aparente- conflicto entre imprescriptibilidad e irretroactividad, Andreu-Guzmán recuerda que se trata de dos institutos jurídicos diferentes siendo que existe un amplio consenso sobre la vocación retroactiva de la Convención sobre la imprescriptibilidad, lo cual origina que se aplique a crímenes internacionales incluso cuando fueron cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Convención.[165]

En esa línea de razonamiento, el Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas señaló que respecto al carácter de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, este instrumento posee un:

> […] un carácter simplemente declarativo […pues] las infracciones a que se refiere al constituir crímenes por su naturaleza, son imprescriptibles cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido.[166]

A nivel de jurisprudencia penal internacional y de Derecho penal nacional comparado, el tema de la imprescriptibilidad ha sido materia de importante desarrollo. En el caso Furundzija, el TPIY estableció en relación a la tortura que, debido a su calificación como crimen de Derecho internacional –violación de una norma de *ius cogens*; las leyes nacionales que autorizan o condonan la tortura o la absuelven a través de una ley de amnistía tienen condición de nulas y viciadas *ab initio*.[167] Asimismo, se señaló el ejercicio de jurisdicción universal por un tribunal nacional, es decir con independencia del lugar donde la tortura ha sido cometida, o de la nacionalidad del autor o de la víctima, debido al inherente carácter universal del crimen de tortura.[168] Concretamente, en relación al tema de la imprescriptibilidad se concluyó que:

> **Parecería ser que otras consecuencias** [de la prohibición de la tortura] **incluyen el hecho que la tortura no puede ser cubierta por una disposición de prescripción**, y no puede ser excluida de extradición bajo una excepción de ofensa política [resaltado nuestro].[169]

Se podría agregar que si un solo acto de tortura no puede ser pasible de prescripción, *a fortiori* el crimen de lesa humanidad de tortura –y el respectivo crimen de guerra- no son pasibles de prescripción.

163. Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párrafo 40.
164. Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párrafo 404.
165. ANDREU-GUZMÁN, Federico. Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad versus irretroactividad de la ley penal: un falso dilema. En: AAVV. Retos de la judicialización. En el proceso de verdad, justicia, reparación y reconciliación. Lima: Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 2005, p. 157.
166. "Cuarto informe sobre el proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad", documento de las Naciones Unidas A/CN.4/398, de11 de marzo de 1986, párrafo 172.
Citado por Ibid., p. 157.
167. Fiscal vs. Furundzija, caso nº IT-95-17/1-T, sentencia de 10 de diciembre de 1998, párrafo 155.
168. Ibid., párrafo 156.
169. Ibid., párrafo 157.

A nivel de jurisprudencia nacional comparada, la improcedencia de la prescripción con respecto a acciones penales en casos de conductas que califican como los crímenes más serios de Derecho internacional fue reconocida por primera vez por la Corte Distrital de Jerusalén en el caso Eichmann, quien fuera un ex dirigente nazi. En efecto, durante el juicio, Eichmann invocó un período de quince años de prescripción de acuerdo a la legislación argentina -Eichmann fue capturado por un comando israelí y llevado de Argentina a Israel para su juzgamiento. La Corte Distrital de Jerusalén señaló que las normas argentinas no podían aplicarse, añadiendo una referencia a la legislación israelita aplicable concluyendo que: "las reglas de prescripción… no deberán aplicarse a las ofensas bajo esta ley".[170]

A nivel de jurisprudencia penal latinoamericana, podemos citar, entre varias sentencias de diferentes tribunales nacionales de la región,[171] el siguiente pronunciamiento en el caso del ex dictador argentino Jorge Videla:

> […] [si] se configure un crimen contra la humanidad […] le resultan aplicables las reglas previstas por el derecho de gentes, entre las que por cierto destaca nítidamente la imprescriptibilidad de las acciones penales por la comisión de tales ilícitos.[172]

En lo que competente a la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra, en concreto, es posible hacer referencia a la opinión autorizada del Comité Internacional de la Cruz Roja. En efecto, el Comité sobre la base de un extenso estudio tanto de práctica nacional e internacional, ha considerado como una norma de DIH consuetudinario que "las leyes de prescripción no se aplicarán a crímenes de guerra". El alcance de tal norma abarca tanto a conflictos armados internacionales como a los CANI.[173]

5.2. Tratamiento en la jurisprudencia nacional

La –eventual- tensión entre la prescripción de la acción penal, aplicable a las ofensas domésticas y la imprescriptibilidad de la acción penal derivada, como señalamos, de una consecuencia de la calificación de ciertas conductas como crímenes internacionales, en concreto lesa humanidad y guerra; ha sido desarrollada y superada por la jurisprudencia nacional peruana. En efecto, el Tribunal Constitucional Peruano en el caso Genaro Villegas señaló que:

> […] corresponde al Estado el enjuiciamiento de los responsables de crímenes de lesa humanidad y, si es necesario, la adopción de normas restrictivas para evitar, por ejemplo, la prescripción de los delitos que violenten gravemente los derechos humanos. La aplicación de estas normas permite la eficacia del sistema jurídico y se justifica por los intereses prevalentes de la lucha contra la impunidad. El objetivo, evidentemente, es impedir que ciertos mecanismos del ordenamiento penal se apliquen con el fin repulsivo de lograr la

170. Corte Distrital de Jerusalén. A.G. Israel vs. Eichmann, sentencia de 12 de diciembre de 1961, párrafo 53.
171. Véanse:
Argentina: Sentencia de la Cámara Federal de La Plata en el caso Schwammberger, J. F. L. S., 30 de agosto de 1989, Voto del juez Leopoldo Schiffrin en el proceso de extradición de Schwammberger; Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, sentencias en los casos Arancibia Clavel (24 de agosto de 2004) y Simón (15 de junio de 2005);
Bolivia: Tribunal Constitucional, sentencia constitucional No. 1190/01-R de 12 de noviembre de 2001, quinto considerando, párrafos tercero y cuarto;
Paraguay: Corte Suprema de Justicia, Caso Napoleón Ortigoza, sentencia Nº 585 de 31 de diciembre de 1996; Corte Suprema de Justicia, Caso Pastor Coronel I, sentencia No. 810 de 25 de agosto de 1989; Uruguay: Juzgado Letrado en lo penal de 1.er Turno, sentencia No. 114 de 1 de diciembre de 2006 y;
Venezuela: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia No. 1712 de 12 de septiembre de 2001 (ponente Cabrera Romero).
Para el desarrollo de las sentencias citadas véase AMBOS, Kai y otros. Jurisprudencia Latinoamericana de Derecho Penal Internacional. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2008.
Disponible en:
http://www.kas.de/wf/doc/kas_13211-544-4-30.pdf [última visita hecha el 15 de junio de 2009]
172. Sala I de la Cámara Federal de Buenos Aires. Causa Nº 33714, Videla, Jorge R. s/procesamiento 23 de mayo de 2002.
173. Norma 160. Disponible en:
http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/customary-law-rules-291008/$FILE/customary-law-rules-spa.pdf [última visita hecha el 15 de junio de 2009]

> impunidad. Ésta debe ser siempre prevenida y evitada, puesto que anima a los criminales a la reiteración de sus conductas, sirve de caldo de cultivo a la venganza y corroe dos valores fundantes de la sociedad democrática: la verdad y la justicia.[174]

La reciente decisión en el caso Fujimori sintetiza y continua, tal línea jurisprudencial, superando cuestionamientos relativos no sólo al tema de imprescriptibilidad sino también en lo referente a una –supuesta- vulneración del principio de legalidad. La Sala utiliza la siguiente triple argumentación: i) la prohibición y criminalización de conductas que pueden calificar como crímenes de lesa humanidad –agregaríamos crímenes de guerra- tienen carácter de norma consuetudinaria internacional; ii) se toma nota de las exigencias del principio de legalidad –ley previa, estricta y cierta- de nuestra Constitución Política;[175] iii) los crímenes de lesa humanidad –y también los crímenes de guerra- vulneran derechos humanos esenciales siendo que, en entendimiento de la Sala:

> […] lo medular de las conductas que prohíbe en cuanto violación gravísima de los derechos humanos individuales ha quedado suficientemente establecida, y no podía escapar al conocimiento y previsibilidad del agente.[176]

A continuación, la Sala enfatiza que el Derecho internacional consuetudinario justifica respecto a los atentados –en este caso violaciones sexuales- cometidos bajo las características de crímenes de lesa humanidad –y crímenes de guerra- su:

> […] perseguibilidad internacional, la improcedencia de la prescripción y la necesidad imperativa de su castigo. Podrá decirse, entonces, que se trata de delitos de asesinato y lesiones graves que por sus características constituyen internacionalmente, en el momento de su persecución, crímenes contra la humanidad, y que por ello permite la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas por el Derecho Internacional Penal.[177]

---

174. STC 2488-2002-HC, Piura Genaro Villegas Namuche, sentencia de 18 de marzo de 2004, fundamento 23. En la misma decisión el Tribunal Constitucional del Perú señaló que: "las personas, directa o indirectamente afectadas por un crimen de esa magnitud [léase crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra]", tienen derecho a saber siempre, aunque haya transcurrido mucho tiempo desde la fecha en la cual se cometió el ilícito, quién fue su autor, en qué fecha y lugar se perpetró, cómo se produjo, por qué se le ejecutó, dónde se hallan sus restos, entre (otros aspectos)". STC 2488-2002-HC, Piura Genaro Villegas Namuche, sentencia de 18 de marzo de 2004, fundamento 9.
De otra parte, el magistrado del Tribunal Constitucional, César Landa, ha concluido que: "Tomando como referencia esta importante y decisiva línea jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se puede colegir que los sucesos ocurridos en el penal El Frontón en el año de 1986 deberían ser, asimismo, considerados como crímenes de lesa humanidad, en tanto se produjeron en el marco del conflicto armado interno que vivió el país como consecuencia de la lucha contra el terrorismo, por lo que sobre tales hechos resulta inaplicable la regulación sobre la prescripción prevista en el Código Penal". Exp. N° 03173-2008-PHC/TC Lima Teodorico Bernabe Montoya, sentencia de 11 de diciembre de 2008, voto singular de César Landa, párrafo 34. A su vez, en la misma decisión, en voto singular conjunto de los magistrados Beaumont Callirgos y Eto Cruz se estableció que: "En buena parte del proceso la dilucidación del asunto parece haberse entendido condicionada a si los referidos hechos pueden o no ser considerados como crímenes de lesa humanidad. En efecto, el asunto parece haberse planteado en estos términos: si los referidos hechos constituyen un crimen de lesa humanidad, la acción penal es imprescriptible, en caso contrario, la acción penal será prescriptible […] Es así que, con razón justificada y suficiente, ante los crímenes de lesa humanidad se ha configurado un Derecho Penal más allá del tiempo y del espacio. En efecto, se trata de crímenes que deben encontrarse sometidos a una estructura persecutoria y condenatoria que guarde una línea de proporcionalidad con la gravedad del daño generado a una suma de bienes jurídicos de singular importancia para la humanidad in toto. Y por ello se trata de crímenes imprescriptibles y sometidos al principio de jurisdicción universal." Exp. N° 03173-2008-PHC/TC Lima Teodorico Bernabe Montoya, sentencia de 11 de diciembre de 2008, voto singular de Beaumont Callirgos y Eto Cruz, párrafos 33 y 36.
La Sala Penal Nacional, en el caso de la matanza de Accomarca, concluyó que: "[…] son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier otro obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos, tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos". Caso Accomarca. Incidente. Expediente No. 36-05-"F". Excepción de prescripción deducida por Roberto Contreras Matamoros, 25 de noviembre de 2005.
Véase también Tercer Juzgado Penal Supraprovincial, expediente No. 039-05, caso Accomarca.
175. Constitución Política del Perú, artículo 2. 23.
176. Corte Suprema de Justicia del Perú. Sentencia de la Sala Penal Especial en el Expediente N° AV 19-2001 (acumulado) de 7 de abril de 2009. Casos Barrios Altos, La Cantuta y sótanos Servicio de Inteligencia del Ejército párrafo 711.
177. Ibid., párrafo 713.

6. Conclusiones

1. El auto es acertado en calificar a las violaciones ocurridas en Manta y Vilca como crímenes de lesa humanidad debido a, entre otras, las características de sistematicidad o generalidad en las cuales se perpetraron. No obstante, faltó detallar con mayor precisión el elemento mental o subjetivo contextual de todo crimen de lesa humanidad. Es decir, que el autor tenga conocimiento de que la conducta –violaciones sexuales- se dio como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil.

2. El auto no califica ni, por lo tanto, analiza las violaciones sexuales como crímenes de guerra. Siendo que tales acciones fueron cometidas durante y en conexión con el CANI peruano, consideramos que tal precisión era necesaria.

3. En el auto la calificación, por parte de la fiscalía, de la violación sexual como tortura (de darse los respectivos elementos) es correcta de acuerdo a reiterada jurisprudencia internacional. Sin embargo, ni la fiscalía ni el juzgado realizan un análisis detallado del tipo penal de tortura bajo nuestro código penal, el cual se enmarca dentro del régimen jurídico de los tratados de derechos humanos, régimen que se caracteriza por la presencia de sujeto activo calificado. No se han analizado los otros regímenes jurídicos de la tortura, es decir, i) como crimen de lesa humanidad y ii) como crimen de guerra. A pesar de que hay puntos en común en los tres regímenes jurídicos ellos, como se ha demostrado en el presente informe, tienen sus particularidades.

4. No se hace un mayor análisis jurídico de la violación sexual, la cual puede ser crimen de lesa humanidad y/o crimen de guerra. De manera general: i) el análisis del acto físico, es decir el acto sexual u otro acto análogo o, el concepto de invasión y el ii) la falta de autonomía sexual, es decir la falta de consentimiento constituyen los elementos materiales de la violación sexual.

5. El hecho de que la violación sexual constituya una modalidad de tortura no genera que la primera se subsuma en la segunda. Según mayoritaria jurisprudencia penal internacional se daría un concurso ideal de delitos siendo posible, por ende, imputar acumulativamente ambas conductas bajo el principio de reciprocidad especial. A su vez, también existe concurso ideal del respectivo crimen de lesa humanidad de violación sexual y/o tortura con su par de crimen de guerra, de conformidad con las fuentes del DPI.

6. En torno a las modalidades de responsabilidad penal individual, el auto es acertado en distinguir, de un lado, i) perpetradores directos (autores), es decir los efectivos militares que cometieron las violaciones sexuales de, por otro lado, ii) los cómplices, es decir los superiores militares. En la jurisprudencia penal internacional cuando, no existe suficiente material probatorio para determinar que los superiores (militares o no) han dado órdenes para cometer crímenes, se recurre como segunda opción a la llamada responsabilidad del superior por omisión (equiparable a la complicidad) siempre que se pruebe: i) relación superior-subordinado; ii) un elemento mental (conocimiento del superior) y iii) infracción del deber del superior de prevenir y/o sancionar la comisión de crímenes.

7. La conclusión por la cual una consecuencia de la calificación de las conductas como crímenes de lesa humanidad es la imprescriptibilidad de la acción penal es acertada. Además de las fuentes de DPI citadas de manera expresa, se debe agregar la jurisprudencia nacional, incluyendo a la sentencia del caso Fujimori. Tal calificación no afecta ni el principio de legalidad ni el de irretroactividad de la ley penal.



Calle José Pezet y Monel 2467 - Lince, Lima
Teléfono: 419-1111 E-mail: info@dhperu.org
www.dhperu.org | blog.dhperu.org